

# **TYNN KAPITALISERING I SKATTERETTEN**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 713  
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17 960 ord

23.11.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling og avgrensning	3
1.3	Rettskilder og metode	4
1.4	Veien videre	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>FREMMEDE RETT</u></b>	<b><u>8</u></b>
2.1	Danmark	8
2.2	Sverige	9
2.3	Tyskland	11
<b><u>3</u></b>	<b><u>INTRODUKSJON TIL VILKÅRENE FOR Å SKJØNNSLIGNE TYNT KAPITALISERTE SELSKAPER</u></b>	<b><u>13</u></b>
3.1	Innledning	13
3.2	Interessefellesskap	13
3.3	Reduksjon	14
3.4	Årsakssammenheng	16
3.5	Bevisbyrde	17
3.6	Mønsteravtalens art 9	18

<b><u>4</u></b>	<b><u>GIR SKATTELOVEN § 13-1 HJEMMEL FOR Å SKJØNNSLIGNE TYNT KAPITALISERTE SELSKAPER?</u></b>	<b><u>20</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>20</b>
<b>4.2</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>21</b>
4.2.1	Ot.prp.nr. 26 (1980-1981)	21
4.2.2	Ot.prp.nr. 86 (1997-1998)	23
<b>4.3</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>23</b>
4.3.1	Fornebo-dommen	23
4.3.2	Amoco-dommen	25
4.3.3	Amerada-dommen	27
4.3.4	BP-dommen	29
4.3.5	Scribona-dommen	30
4.3.6	Statoil Angola-dommen	31
<b>4.4</b>	<b>Sammenfatning</b>	<b>32</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>DEN KONTROLLERTE TRANSAKSJONEN</u></b>	<b><u>34</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>34</b>
<b>5.2</b>	<b>Direkte lån</b>	<b>34</b>
<b>5.3</b>	<b>Garanterte lån</b>	<b>34</b>
<b>5.4</b>	<b>Back-to-back lån</b>	<b>36</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>INNTEKTSREDUKSJON</u></b>	<b><u>38</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>38</b>
<b>6.2</b>	<b>Forretningsmessig rimelig og naturlig forhold mellom egenkapital og gjeld</b>	<b>39</b>
<b>6.3</b>	<b>Individuell behandling</b>	<b>40</b>

<b>6.4</b>	<b>Prinsipper</b>	<b>41</b>
6.4.1	Betydningen av debtors konserntilknytning	41
6.4.2	Avvikets størrelse	43
6.4.3	Refinansiering	44
<b>6.5</b>	<b>Relevante økonomiske faktorer</b>	<b>46</b>
6.5.1	Innledning	46
6.5.2	Virkelige verdier eller regnskapsmessige verdier?	47
6.5.3	Hvilke balanseposter skal regnes med?	48
6.5.4	Egenkapitalkravet uttrykt som egenkapitalprosent	50
6.5.5	Fremtidige inntektsmuligheter	51
<b>6.6</b>	<b>Sammenlignbarhetsanalysen</b>	<b>52</b>
6.6.1	Innledning	52
6.6.2	Eiendelers og tjenesters karakteristika	53
6.6.3	Funksjonsanalyse	53
6.6.4	Kontraktsvilkår	54
6.6.5	Andre økonomiske omstendigheter	55
6.6.6	Forretningsstrategier	56
<b>6.7</b>	<b>Sammenfatning</b>	<b>57</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>DISKRIMINERINGS- OG RESTRIKSJONSFORBUD</u></b>	<b><u>58</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>58</b>
<b>7.2</b>	<b>OECD</b>	<b>58</b>
<b>7.3</b>	<b>EØS-avtalen</b>	<b>60</b>
7.3.1	Innledning	60
7.3.2	Lankhorst-Hohorst dommen	61
7.3.3	Thin Cap-dommen	63
7.3.4	Utgjør de norske reglene en hindring i forhold til etableringsfriheten?	66
7.3.5	Hensynet til sammenhengen i beskatningsordningen	67
7.3.6	Hensynet til å forhindre misbruk av skattereglene	69
<b>7.4</b>	<b>Sammenfatning</b>	<b>71</b>

<b><u>8</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE REFLEKSJONER</u></b>	<b><u>72</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>74</u></b>
<b>9.1</b>	<b>Register</b>	<b>74</b>
9.1.1	Lover	74
9.1.2	Forarbeider	75
9.1.3	Avgjørelser	76
9.1.4	Internasjonale kilder	77
<b>9.2</b>	<b>Litteratur</b>	<b>79</b>
9.2.1	Bøker	79
9.2.2	Artikler	80
<b>9.3</b>	<b>Nettressurser</b>	<b>82</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Denne oppgaven behandler utvalgte problemstillinger knyttet til skattlegging av tynt kapitaliserte selskaper. Begrepet tynt kapitalisering brukes om selskaper som har mye gjeld og lite egenkapital. I utgangspunktet er det ikke noe i veien med å være tynt kapitalisert, forutsatt at kravet til forsvarlig egenkapital i aksjeloven er oppfylt.<sup>1</sup> Det kan tvert imot være gunstig for selskapet, fordi det gir en fleksibel kapitalstruktur.<sup>2</sup> Kapitalstruktur er forholdet mellom selskapets egenkapital og gjeld. Det vil ofte være enklere å tilbakebetale kapitaltilskudd gitt som lån, fremfor tilskudd gitt som egenkapital.

Problemet oppstår når et selskap har lånt mer ved hjelp av nærstående, for eksempel morselskapet, enn hva selskapet ville fått lånt på markedet uten hjelp. Ettersom datterselskapet har en høy andel gjeld, vil selskapet ha store rentekostnader som betales til morselskapet. Hovedregelen er at rentekostnader er fradragsberettiget,<sup>3</sup> og dermed reduseres datterselskapets skattbare inntekt.

Det er i tilfeller hvor en nærstående part hjelper til med å oppnå denne skjeve kapitalstrukturen at spørsmålet om å skjønnsligne selskapet etter skatteloven (sktl) § 13-1 (1) oppstår. Dersom vilkårene er oppfylt, skal formue eller inntekt fastsettes ved skjønn som om interessefellesskap ikke hadde foreligget.<sup>4</sup> Dette medfører at deler av lånet omklassifiseres til egenkapital, og renteutgiftene for den delen av lånet som omklassifiseres behandles som utbytte.

---

<sup>1</sup> Asl § 3-4. Tilsvarende bestemmelse finnes i allmennaksjeloven § 3-4.

<sup>2</sup> Løchen (1991) s 448.

<sup>3</sup> Sktl § 6-40 (1).

<sup>4</sup> Sktl § 13-1 (4).

Når låntaker og långiver befinner seg i ulike land, en såkalt grenseoverskridende situasjon, er spørsmålet om tynn kapitalisering spesielt interessant. Hvis begge partene befinner seg i Norge, vil et rentefradrag hos långiver som regel veies opp av renteinntekt hos låntaker. Dersom långiver er hjemmehørende i utlandet, vil låntaker få rentefradrag i Norge, men ettersom långiver er i utlandet veies ikke fradraget opp med en skattbar renteinntekt. Avhengig av skatteleggingen i långivers hjemland, kan det altså være svært gunstig for konsern å organisere seg på denne måten.

En slik organisering medfører en uthuling av skattefundamentet, og kan medføre at staten går glipp av store summer i skatteinntekter. Selskaper kan utnytte sin stilling som del av et konsern, og få en kapitalstruktur de ikke ville fått uten denne tilknytningen. De får et økonomisk fortrinn fremfor selskaper som ikke er medlem av et konsern, og det foreligger ingen beskyttelsesverdige interesser for selskaper som utnytter denne tilknytningen.

Ved beskatningen av selskaper er det tre hovedproblemstillinger som kan reise seg i forhold til kapitaltilskudd. Spørsmålet om tynn kapitalisering er en av disse, og det er relevant å se på de to andre problemstillingene for å plassere spørsmålet om tynn kapitalisering i en sammenheng.

Når et selskap mottar kapitaltilskudd kan det oppstå spørsmål om dette er lån- eller egenkapitaltilskudd. Dette er den første problemstillingen og omtales som klassifikasjonsspørsmålet.<sup>5</sup> Kapitaltilskuddet klassifiseres enten som lån eller egenkapital, i norsk rett eksisterer det ingen mellomform.<sup>6</sup> Avgjørende for hvordan kapitaltilskuddet skal klassifiseres, er hva som faktisk er avtalt mellom partene,<sup>7</sup> og prinsippet om at rettsforhold skal klassifiseres etter sitt reelle innhold.<sup>8</sup> Dersom ligningsmyndighetene finner at

---

<sup>5</sup> Skaar (2006) s 458.

<sup>6</sup> Utv 1997/816, Freia.

<sup>7</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.64.

<sup>8</sup> Rt 1994/1064 Bye.

kapitaltilskuddet skal klassifiseres som egenkapital, blir kapitaltilskuddet behandlet som egenkapital ved ligningen, og fradrag for renteutgifter vil bli nektet.<sup>9</sup>

Dersom tilskuddet klassifiseres som gjeld, oppstår spørsmålet om debitors kapitalstruktur tilsvarende den kapitalstrukturen selskapet ville ha hatt uten tilknytningen til nærstående. Denne problemstillingen omtales som kapitalstrukturspørsmålet.<sup>10</sup> Her kommer tynn kapitalisering inn. Dersom debitor har lånt mer penger ved hjelp av nærstående enn selskapet ville ha fått på det frie markedet, er selskapet tynt kapitalisert. Da vil ligningsmyndighetene ta stilling til om vilkårene for å foreta en skjønnsfastsettelse etter § 13-1 er tilstede.

Den tredje problemstillingen, rentesatsspørsmålet, reiser seg dersom hele eller deler av lånet klassifiseres som gjeld, og dermed kan aksepteres for skattemessige forhold. Problemstillingen er hvorvidt den avtalte rentesatsen er i samsvar med det uavhengige parter ville ha avtalt. Både dette spørsmålet, og kapitalstrukturspørsmålet, kan reises uavhengig av spørsmålet om klassifisering.

## 1.2 Problemstilling og avgrensning

Denne oppgaven tar opp utvalgte skatterettslige spørsmål knyttet til selskaper finansiert med mye gjeld og lite egenkapital. Av plasshensyn avgrenses det mot klassifikasjonsspørsmålet og rentesatsspørsmålet som beskrevet ovenfor.

Jeg vil analysere om sktl § 13-1 gir hjemmel for å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper. Videre vil jeg gå i dybden på reduksjonsvilkåret, fordi de mest interessante problemstillingene knytter seg til dette spørsmålet. Jeg vil allikevel gi en introduksjon til de øvrige vilkårene i § 13-1 for å gi en mer helhetlig forståelse for adgangen til å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper. Jeg vil også analysere om OECDs Mønsteravtale og EØS-

---

<sup>9</sup> Sktl § 13-1 (3).

<sup>10</sup> Skaar (2006) s 458.



avtalen oppstiller et diskriminerings- eller restriksjonsforbud ved anvendelsen av den norske bestemmelsen i § 13-1 på tynt kapitaliserte selskaper.

Jeg avgrenser oppgaven mot reglene i petroleumsskatteloven. Teori og praksis knyttet til selskaper underlagt petroleumsskatteloven kan imidlertid ha rettskildemessig overføringsverdi for forståelsen av de alminnelige reglene, og vil bli behandlet i den grad det er relevant. Se punkt 1.3.

Avslutningsvis vil jeg komme med noen rettspolitiske betraktninger omkring den skatterettslige reguleringen av tynt kapitaliserte selskap i kapittel 8.

### 1.3 Rettskilder og metode

Spørsmålene i denne oppgaven vil bli løst ut i fra alminnelig juridisk metode.<sup>11</sup> Jeg vil i det følgende gi en kort redegjørelse for relevans og vekt av de rettskilder som benyttes.

Dagens bestemmelse i sktl § 13-1 er en videreføring av den tidligere skattelovens § 54 (sktl 1911).<sup>12</sup> Det foreligger kun en Høyesterettsdom vedrørende tynn kapitalisering etter både ny og gammel lovgivning: Fornebo-dommen.<sup>13</sup> Tidligere praksis og underrettsdommer har derfor interesse for å belyse spørsmålene. Avgjørelser som ikke handler direkte om tynn kapitalisering, men som dreier seg om strukturendringer eller rentefrie lån kan også være relevante.

Flere av sakene vedrørende tynn kapitalisering har omhandlet selskaper underlagt petroleumsskatteloven. Petroleumsskatteloven regulerte tidligere ikke interessefellesskapstilfeller, slik at disse tilfellene ble vurdert etter sktl (1911) § 54. Disse dommene er derfor av interesse for vurderingen etter § 13-1. Øvrig ligningspraksis fra

---

<sup>11</sup> For nærmere innføring se Eckhoff (2000) s 19-37.

<sup>12</sup> Ot.prp.nr.86 (1997-1998).

<sup>13</sup> Rt 1940/598 Fornebo.

Klagenemnda fra Oljeskatt (Klagenemnda) og annen praksis/teori rundt petroleumsskatteloven kan derfor være relevant.

Klagenemnda utviklet i sin tid retningslinjer vedrørende tynn kapitalisering til bruk for saker underlagt petroleumsskatteloven. Retningslinjene har imidlertid blitt brukt også i saker som ikke direkte dreier seg om tynn kapitalisering,<sup>14</sup> og saker som ikke er underlagt petroleumsskatteloven.<sup>15</sup> Som følge av dette kan momenter fra retningslinjene ha interesse på områder som ikke er underlagt petroleumsbeskatning.

OECD<sup>16</sup> har utarbeidet en mønsterskatteavtale (Mønsteravtalen), som modell for skatteavtaler mellom land.<sup>17</sup> Sammen med Mønsteravtalen utarbeides det kommentarer, som er ment å gi veiledning ved tolkningen av avtalen.<sup>18</sup> Disse kommentarene tillegges i praksis vesentlig vekt ved tolkning av skatteavtaler som bygger på Mønsteravtalen.<sup>19</sup> Mønsteravtalen er ikke bindende for medlemsstatene, men det er anbefalt at den legges til grunn for inngåelse og revisjon av skatteavtaler. Videre anbefales det at myndighetene følger kommentarene ved anvendelse og tolking av skatteavtalene.<sup>20</sup> Norge bruker i stor grad Mønsteravtalen som grunnlag for sine skatteavtaler.

OECD har også utviklet retningslinjer for internprising.<sup>21</sup> Retningslinjene er en revisjon og sammenstilling av flere rapporter utgitt av OECDs skattekomité. Retningslinjene omhandler internprising og andre relaterte skattemessige problemstillinger for flernasjonale konserner.<sup>22</sup> De gir uttrykk for internasjonalt anerkjente prinsipper. I grenseoverskridende

---

<sup>14</sup> Rt 2007/1025 Statoil Angola.

<sup>15</sup> Utv 1997/816 Freia, Utv 1999/540 Nycomed.

<sup>16</sup> Organisation for European Economic Co-operation.

<sup>17</sup> Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital.

<sup>18</sup> OECD komm.

<sup>19</sup> Skaar (2006) s 58. Se s 58-64 for nærmere drøftelse av kommentarens rettslige grunnlag og vekt.

<sup>20</sup> Se Ot.prp.nr.62 (2006-2007) s 13.

<sup>21</sup> OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

<sup>22</sup> OECD Guidelines preface, avsnitt 13.

situasjoner utgjør de en relevant rettskildefaktor ved tolkning av skattelovens internprisingsregel. Mye taler for at retningslinjene skal tillegges en betydelig vekt,<sup>23</sup> fordi de gir et presist uttrykk for det som følger av skatteavtalens internprisingsbestemmelse.<sup>24</sup> Retningslinjene ble gitt en formell status da det ble inntatt en henvisning til disse i sktl § 13-1 (4).<sup>25</sup>

OECD har utviklet armlengdeprinsippet.<sup>26</sup> Armlengdeprinsippet går ut på at disposisjoner foretatt mellom nærstående parter blir sammenlignet med disposisjoner som under sammenlignbare omstendigheter ville ha vært foretatt mellom uavhengige parter for å finne armlengdes pris.<sup>27</sup> Ved tilfeller av tynn kapitalisering vil en sammenligne kapitalstrukturen hos skattyter som har lav egenkapital og høy gjeld, med andre sammenlignbare selskapers kapitalstruktur. Formålet er å finne ut om kapitalstrukturen avviker fra den kapitalstrukturen uavhengige parter har.

EØS-avtalen<sup>28</sup> er en folkerettslig traktat, som norsk rett presumeres å være i samsvar med. Presumsjonsprinsippet går ut på at en ved tolkning av norske rettsregler skal forsøke å unngå tolkningsresultater som er i strid med våre folkerettslige forpliktelser.<sup>29</sup> EU-domstolen har enerett på autoritativ tolkning av EU-retten, og rettens tolkninger tillegges følgelig stor betydning.<sup>30</sup> Homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen sier uttrykkelig at argumenter forankret i EF-domstolens praksis er relevante og tungtveiende argumenter også ved løsningen av tolkningsspørsmål EØS-avtalen gir grunnlag for.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> Zimmer (2008) s 149.

<sup>24</sup> Skaar (2006) s 335. Se s 333-338 for nærmere drøftelse av OECDs retningslinjers relevans og vekt.

<sup>25</sup> Ot.prp.nr.62 (2006-2007) s 14-17.

<sup>26</sup> Mønsteravtalen art 9 (1), OECD Guidelines kapittel 1.

<sup>27</sup> Rt 2007/1025 Statoil Angola, premiss 38, Bjerke (1997) s 67.

<sup>28</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

<sup>29</sup> Ruud (2006) s 64.

<sup>30</sup> Sejersted (2005) s 52.

<sup>31</sup> EØS-avtalen art 6 og ODA art 3.

## 1.4 Veien videre

Jeg vil i det videre se på reglene danske, svenske og tyske myndigheter har valgt for tilfeller av tynn kapitalisering, før jeg går inn på de norske reglene. Dette danner et bakteppe for behandlingen av de norske reglene. Landene er valgt ut i fra at det er land Norge har tett kontakt med, og rettstradisjonen i Sverige og Danmark ligner den norske. Videre har landene ulike tilnærminger til hvordan man skal behandle selskaper med slik kapitalstruktur.<sup>32</sup>

Deretter vil jeg se på om bestemmelsen i sktl § 13-1 gir hjemmel for å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper. De norske vilkårene behandles før jeg behandler spørsmålet om § 13-1 gir adgang til å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper, for å få en helhetlig drøftelse. Det er knyttet flest utfordringer til spørsmålet å avgjøre om selskapets inntekt er redusert som følge av de store rentefradragene. Dette vilkåret blir drøftet grundigere i kapittel 6.

I kapittel 7 vil jeg analysere forholdet til EØS-retten og OECDs Mønsteravtale, for å vurdere om de norske reglene er i overenskomst med våre internasjonale forpliktelser. Jeg vil til slutt i kapittel 8 komme med noen rettspolitiske vurderinger knyttet til beskatningen av tynt kapitalisert selskaper.

---

<sup>32</sup> For mer informasjon om tynn kapitaliseringsregler i andre land, se Lund (2008) og Zielke (2010).

## 2 Fremmed rett

### 2.1 Danmark

Dansk lovgiver har regulert adgangen til å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper i selskapslovgivningen.<sup>33</sup> Reglene er detaljerte, og det er utgitt en egen juridisk veiledning i tilknytning til reglene.<sup>34</sup>

Hovedregelen er at fradrag for renter og valutatap avskjæres dersom forholdet mellom gjeld og egenkapital overstiger forholdet 4:1, altså at selskapet har mindre enn 20 % egenkapital, regnet ved årsskifte.<sup>35</sup> Som egenkapital regnes alle former for aktiva, også immaterielle eiendeler, som for eksempel goodwill. For at det skal kunne foretas avskjæring er det krav om at det foreligger interessefellesskap, og at den kontrollerte gjelden er på minst 10 millioner DKK.

For å motvirke omgåelse regnes direkte eller indirekte kapitaltilskudd fra nærstående kun som egenkapital etter at tilskuddet har vært under selskapets kontroll i to år.<sup>36</sup> En slik regel hindrer at nærstående skyter inn penger rett før årsskifte og tar de ut rett etterpå.

Avskjæring skal ikke foretas dersom selskapet godtgjør at det kunne oppnådd samme finansiering med lån fra uavhengig part, altså at de oppnår samme egenkapitalprosent med lån utelukkende fra utenforstående. Det skal foretas en konkret samlet vurdering, hvor det avgjørende er om en uavhengig finansinstitusjon ville ytt det samme lånet på samme vilkår

---

<sup>33</sup> Selskabsskatteloven § 11.

<sup>34</sup> Skat (2010) S.I.3.

<sup>35</sup> Selskabsskatteloven § 11 3).

<sup>36</sup> Selskabsskatteloven § 11 3).

sett hen til selskapets kommersielle og økonomiske situasjon. I vurderingen kan det være relevant å se hen til andre selskap i samme bransje for å vurdere deres egenkapitalprosent.<sup>37</sup>

Det er kun gjeldsrenter for den delen av gjelden som overstiger forholdstallet 4:1 hvor renter og valutatap kan avskjæres. En avskjærer ikke mer enn det som er nødvendig for å oppfylle kravet til egenkapital. Virkningen av avskjæringen er at rentebeløpet fremdeles behandles som renter, men uten fradragsrett. Rentebeløpet blir ikke behandlet som dividende.<sup>38</sup>

Ved at danskene har oppstilt et forholdstall mellom egenkapital og gjeld, har de valgt å benytte seg av såkalte "safe harbour"-regler eller sjablonregler. Dersom selskapene oppfyller forholdstallet, må de ikke dokumentere at de kunne oppnådd samme kapitalstruktur ved lån fra uavhengige. Derav navnet "safe harbour" eller "trygg havn". Denne type regler gjør det enklere for ligningsmyndighetene å vite hvilke selskaper som skal kontrolleres, samtidig som det øker forutberegneligheten til selskapene.

## 2.2 Sverige

Sverige har ingen bestemmelser som direkte regulerer tynn kapitalisering, men de har bestemmelser om uriktig prissetting i Inkomstskattelagen.<sup>39</sup> Lovens § 19 bygger på OECDs armlengdeprinsipp. Lovens § 19 kan anvendes når driftsresultatet er lavere enn mellom uavhengige, på grunn av nærstående avtalevilkår. Resultatet før skatt kan i slike tilfeller justeres til det beløpet det ville vært uten disse avtalevilkårene. Det må videre være sannsynlig at det foreligger et økonomisk interessefellesskap mellom partene og at omstendighetene ikke tilsier at vilkårene er oppfylt av andre grunner enn økonomisk interessefellesskap.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Skat (2010) S.I.3.5.

<sup>38</sup> Skat (2010) S.I.3.4.

<sup>39</sup> Se kap. 14 §§ 19 og 20.

<sup>40</sup> Inkomstskattelagen kap. 14 § 19 1., 2. og 3.

Mobil Oil-saken<sup>41</sup> var oppe for Regeringsrätten i 1990, og der var spørsmålet om den svenske bestemmelsen hjemlet adgang til å forhøye inntekten til et svensk selskap som var tynt kapitalisert.<sup>42</sup> Bestemmelsen hadde på dette tidspunktet en litt annen ordlyd enn den har i dag, men den tidligere bestemmelsen bygde også på armlengdeprinsippet. Ettersom retten kom til at armlengdeprinsippet ikke hjemlet adgang til å justere inntekten for tynt kapitaliserte selskaper har ikke endringen i ordlyden stor betydning, fordi dagens bestemmelse også bygger på armlengdeprinsippet.

Lånet mellom det svenske datterselskapet og det utenlandske morselskapet var avtalt med markedsmessig rente. Som følge av dette kom retten til at det ikke var adgang til å korrigere inntekten fordi domstolen ikke fant at armlengdeprinsippet hjemlet adgang til å omklassifisere lån til egenkapital. Det at datterselskapet hadde lav egenkapital var ikke av betydning, dette kunne være en forretningsmessig gunstig måte å finansiere selskapet på. Riksskatteverket fikk derfor ikke medhold i at det var adgang til å justere selskapets inntekt.

Mobil Oil-dommen har preget den svenske lovgivningen. Bestemmelsen er blitt endret, men den blir fremdeles ikke ansett for å regulere tynt kapitalisering. I Mobil Oil-dommen uttales det at bestemmelsen kan brukes i de tilfellene der den avtalte markedsrenten er høyere enn hva nærstående parter ville ha avtalt. Sverige kan derfor skjønnsligne selskaper i tilfeller hvor den avtalte rentesatsen overstiger markedsrente.<sup>43</sup> De har imidlertid ikke hjemmel til å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper på bakgrunn av at selskapet har en kapitalstruktur med mye gjeld og lite egenkapital.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> RÅ 1990 1994, Mobil Oil.

<sup>42</sup> Kommunalskattelagen § 43.

<sup>43</sup> Rabe (2010) s 281.

<sup>44</sup> Stone (2009) s 678 og Zielke (2010) s 71.

## 2.3 Tyskland

Tyskland endret i 2008 reglene de hadde vedrørende tynn kapitalisering og innførte en regel som på engelsk omtales som ”interest barrier rule” (Zinsschranke).<sup>45</sup> De tidligere tyske reglene var oppe til vurdering i EU-domstolen i 2002 i Lankhorst-Hohorst dommen.<sup>46</sup> Dommen behandles nærmere i kapittel 7.3.2. De tyske reglene ble i denne saken ansett for å utgjøre en hindring av etableringsfriheten i EU fordi de forskjellsbehandlet datterselskaper som fikk lån fra utenlandske morselskap, fremfor de som fikk lån fra tysk morselskap. Etter dommen forsøkte lovgiver å justere reglene slik at datterselskap med utenlandsk morselskap ikke ble forskjellsbehandlet, men de greide ikke å eliminere forskjellen. Dette medførte at de innførte nye regler i 2008.

Hovedregelen er at selskaper kan trekke 30 % av netto rentekostnader fra driftsresultatet før renter, skatt, normale avskrivninger og avskrivninger på immaterielle aktiva (EBITDA).<sup>47</sup> Hvis et selskap har rentekostnader som overstiger grensen, og ikke kan trekkes fra i inneværende år, kan rentekostnadene fremføres og trekkes fra i senere år.

Når beregningene nevnt ovenfor foretas, så skal noen selskaper beregnes sammen som en skattegruppe (Organschaft). Gruppen regnes som én forretningsvirksomhet i forhold til regelen, og beregningen foretas samlet for skattegruppen. Denne gruppen består av det kontrollerende og de kontrollerte selskapene, for eksempel mor og datterselskap. Deres renteutgifter og renteinntekter beregnes samlet. Utenlandske aksjeselskap og ansvarlige selskap regnes som en forretningsvirksomhet. Permanente etablerte selskaper kvalifiserer derimot ikke som en forretningsvirksomhet.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Hinný (2008) s 327.

<sup>46</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst.

<sup>47</sup> Einkommensteuergesetz § 4 h (1).

<sup>48</sup> von Brocke (2009) s 29, Lund (2008) s 310.



Tysk lovgiver har oppstilt noen unntak fra bestemmelsen, men jeg går ikke nærmere inn på disse.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Einkommensteuergesetz § 4 h (2) a-c.

### **3 Introduksjon til vilkårene for å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper**

#### **3.1 Innledning**

Skatteloven § 13-1 (1) inneholder tre vilkår som må oppfylles for at et selskap skal kunne skjønnslignes. Det må foreligge interessefellesskap, en reduksjon i selskapets formue/inntekt og det må være årsakssammenheng mellom reduksjonen og interessefellesskapet.

I tillegg til disse tre vilkårene vil jeg gå kort inn på bevisbyrderegelen i § 13-1 (2). Jeg vil også gå inn på Mønsteravtalens art 9.

#### **3.2 Interessefellesskap**

Skattyter kan skjønnslignes dersom det foreligger en reduksjon i formue/inntekt som skyldes et ”direkte eller indirekte interessefellesskap”, jf. sktl § 13-1. Interessefellesskapet kan bestå med en annen person, selskap eller innretning.<sup>50</sup> Ved tynn kapitalisering er det mest nærliggende at den nærstående er et morselskap eller annet konsernselskap.

Det eksisterer ikke noe forbud for nærstående mot å inngå avtaler, fordi det ikke er grunn til å mistenke alle nærstående for å inngå avtaler som ikke er armlengdes. For å sikre at avtaler som inngås er armlengdes, må de to øvrige vilkårene være oppfylt før det gis adgang til skjønnsligning.

Ordlyden er klar på at interessefellesskapet kan være både direkte og indirekte. Dersom det foreligger et lån som reduserer skattyters formue/inntekt har det ingen betydning om denne

---

<sup>50</sup> Sktl § 13-1 (1).

reduksjonen skyldes et direkte eller indirekte interessefellesskap. Sondringen mellom disse formene for interessefellesskap har derfor liten interesse ved tynn kapitalisering.

Ved tynn kapitalisering er vilkåret om interessefellesskap oppfylt når det er en nærstående som enten yter lånet selv, eller garanterer for lånet. Dersom skattyter er tynt kapitalisert, men det ikke er en nærstående som står bak hele eller deler av lånet, kan ikke skattyter skjønnsignes etter § 13-1 (1).<sup>51</sup> Spørsmålet om hvilke typer lån som inngår i vurderingen av om et selskap er tynt kapitalisert blir behandlet nærmere i kapittel 5.

Vilkåret om interessefellesskap er sjelden omstridt i saker som vurderes etter § 13-1.<sup>52</sup> I saker vedrørende tynn kapitalisering kan det skyldes at det ofte er morselskap eller søsterselskap som yter lånet eller garanterer for lånet. Er dette tilfellet, er det opplagt at det eksisterer et interessefellesskap. Fordi interessevilkåret sjelden er problematisert, vil jeg ikke gå videre inn på dette vilkåret.<sup>53</sup>

### 3.3 Reduksjon

Det andre vilkåret er at det må foreligge en reduksjon i skattyters formue eller inntekt jf. sktl § 13-1. Vilkåret ble presisert i Fornebo-dommen hvor det ikke var tilstrekkelig med et interessefellesskap ”dette må ha resultert i en ordning ... som har medført en forrykning av skattefundamentene”.<sup>54</sup>

Hvorvidt det skjer en formuesreduksjon eller en inntektsreduksjon er i prinsippet uten betydning. Tynn kapitalisering er kun aktuelt for juridiske personer, i første rekke selskaper

---

<sup>51</sup> Skaar (2006) s 498.

<sup>52</sup> Se f.eks Rt 1999/1087 Baker Hughes, Rt 2007/1025, Statoil Angola , Utv 1997/816 Freia, Utv 1999/549 Nycomed, Utv 1999/849 Dyno, Utv 2004/685 Scribona.

<sup>53</sup> For mer informasjon se Skaar (2006) s 343-352 og Bjerke (1997) 114-119.

<sup>54</sup> Rt 1940/598 Fornebo.

med begrenset ansvar.<sup>55</sup> Fordi selskaper er fritatt for skatt på formue etter sktl § 2-36 (1), er det ikke relevant å forhøye selskapets formue ved skjønn. Alternativet vedrørende formuesreduksjon blir derfor ikke aktuelt.

Inntektsreduksjonen skjer ved at debitor tar opp store lån, og får dermed store renteutgifter. Renteutgifter er en del av posten finanskostnader, som trekkes fra driftsresultatet før man får posten resultat før skatt. Renteutgiftene medfører derfor reduksjon i debitors inntekter.

For å avgjøre om det foreligger en inntektsreduksjon foretar ligningsmyndighetene en lånekapasitetsvurdering. Formålet med denne vurderingen er å avgjøre hvor stort lån selskapet kan få på det frie kapitalmarked. Lånekapasiteten uttrykkes ved å fastsette hvor høy egenkapital debitor minst måtte hatt dersom selskapet skulle finansiert sin virksomhet ved lån fra uavhengig långiver uten garanti fra nærstående. Dette betegnes ofte som ”minimum armlengdes kapital”. Hvis debitors faktiske egenkapital er lavere enn minimum armlengdes kapital foreligger det en reduksjon, og selskapet er tynt kapitalisert. Da er det nødvendig å fastsette en ”armlengdes egenkapital” for selskapet.<sup>56</sup>

Debitors lånekapasitet er avgjørende for hvor mye renter debitor kan kreve fradrag for dersom det foreligger et garantert lån eller et internlån. Debitor kan bare kreve fradrag for renter/valutatap knyttet til gjeldsbeløpet som omklassifiseres.

En lånekapasitetsvurdering er omfattende, og i de sakene som går for domstolene er det reduksjonsvilkåret som er omstridt. Det skyldes at det kan være vanskelig å avgjøre om det har skjedd en reduksjon, og hvor stor denne er. Som følge av dette vil jeg behandle reduksjonsvilkåret grundigere i kapittel 6.

---

<sup>55</sup> Skaar (2006) s 498.

<sup>56</sup> Skaar (2006) s 505.

### 3.4 Årsakssammenheng

Det tredje og siste vilkåret er at det må foreligge en årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og reduksjonen, jf. ordlyden ”på grunn av” i sktl § 13-1. Vilkaåret ble presisert i Fornebo-dommen hvor det ikke var tilstrekkelig med et interessefellesskap ”dette må ha resultert i en ordning... [som] bare kan forklares ved interessefellesskapet”.<sup>57</sup>

Det kan være flere årsaker til at et selskap har reduserte inntekter. Både kvalitet på tjenester/produkter og effektivitet kan virke inn. Det er kun i tilfeller der reduksjonen skyldes interessefellesskap at ligningsmyndighetene har hjemmel til å gripe inn i medhold av § 13-1.

Spørsmålet om årsakssammenheng var aktuelt i Telecomputing-dommen.<sup>58</sup> Spørsmålet i saken var om Telecomputing AS (TC) hadde krav på fradrag for tap på kapitaloverføringer til et amerikansk datterselskap (TINC). Ved en omorganisering fikk TC aksjer verdt 40,8 millioner kroner for kapitaloverføringer på 421 millioner kroner.

Høyesterett, dommen var enstemmig, tok først stilling til om kapitaloverføringene skulle klassifiseres som lån eller egenkapital. TINC hadde lav lånekapasitet, og det var beløpet som oversteg selskapets lånekapasitet som var omtvistet. TINC drev virksomhet med høy risiko, og Høyesterett uttalte at dette isolert sett talte for at overføringene var egenkapitaltilskudd. Behovet for kapitaltilførsel ble antatt å være midlertidig, og det var lettere å tilbakebetale lån fremfor egenkapital. Det fantes ingen skriftlige avtaler vedrørende transaksjonene, og mellom partene ble transaksjonene betegnet som lån. På bakgrunn av dette kom retten til at kapitaloverføringene skulle anses som lån.

Deretter vurderte Høyesterett om klassifikasjonen av kapitaloverføringene mellom partene kunne endres med hjemmel i § 13-1. Høyesterett uttalte at tapet skyldtes at satsningen i det

---

<sup>57</sup> Rt 1940/598 Fornebo.

<sup>58</sup> Rt 2010/790 Telecomputing.

amerikanske markedet ikke var vellykket, kombinert med en nedgang i IT-markedet. Tapet skyldtes ikke valg av finansieringsform. Selskapet hadde en klar forretningsstrategi og finansieringsformen skyldtes denne strategien.<sup>59</sup> Det forelå ingen sammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen, og ligningen ble opphevet.

Vurderingen av årsakssammenheng og inntektsreduksjon henger tett sammen.<sup>60</sup> Ved vurderingen av om det foreligger en inntektsreduksjon sammenlignes kapitalstrukturer for å finne likheter og forskjeller. I denne prosessen prøver ligningsmyndighetene å finne årsaker til eventuelle forskjeller. I denne vurderingen ser man på interessefellesskap som en årsak, og hvis mulig, elimineres denne. En mulig årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen vurderes allerede på dette stadiet.

Skattyter og ligningsmyndighetene er ofte enige om at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt, forutsatt at det foreligger inntektsreduksjon.<sup>61</sup> Spørsmålet om årsakssammenheng vil ikke bli behandlet nærmere i denne oppgaven.<sup>62</sup>

### 3.5 Bevisbyrde

Dersom den annen part er bosatt eller hjemmehørende i en stat utenfor EØS, presumeres reduksjonen å være en følge av interessefellesskapet, jf sktl § 13-1 (2). Det samme gjelder dersom vedkommende er hjemmehørende i en stat innenfor EØS som Norge ikke har en avtale med, vedrørende rett til å kreve opplysninger om inntekts- og formuesforhold. I slike tilfeller er bevisbyrden snudd slik at det er skattyter som har bevisbyrden.

---

<sup>59</sup> Rt 2010/790 premiss 56 og 61.

<sup>60</sup> Se for eksempel Utv 2004/685, Scribona, hvor spørsmålet om vilkårene om reduksjon og årsakssammenheng ble vurdert sammen.

<sup>61</sup> For eksempel Rt 1999/1087 Baker Hughes, Utv 1997/816 Freia, Utv 1999/540 Nycomed, Utv 2009/210 Lyse Energi.

<sup>62</sup> For mer informasjon vedrørende vilkåret om årsakssammenheng se Skaar (2006) 359-363 og 501, og Bjerke (1997) s 136-140.

### 3.6 Mønsteravtalens art 9

Artikkel 9 i Mønsteravtalen dreier seg om interessefellesskap.<sup>63</sup> Bestemmelsen er visstnok inntatt i alle Norges skatteavtaler. Skatteloven § 13-1 kan brukes så lenge den ikke støter an mot art 9.<sup>64</sup>

Bestemmelsen tillater landene å ha regler som gir ligningsmyndighetene mulighet til å endre beskatningsgrunnlaget slik at skattegrunnlaget blir som det ville ha vært dersom partene ikke var nærstående. Ordlyden i art 9 gir ikke klart uttrykk for å omfatte tynn kapitalisering, men i kommentaren til art 9 står det at bestemmelsen ikke hindrer anvendelse av nasjonale tynn kapitaliseringsregler. Dette fremgår også av retningslinjene,<sup>65</sup> se nedenfor.

En kontrollert transaksjon er en transaksjon mellom nærstående parter. En granskning av en slik transaksjon skal alltid ta utgangspunkt i den konkrete transaksjonen.<sup>66</sup> Armlengdeprinsippet hjemler to hovedtyper av primærjusteringer, som betegnes ”verdijusteringer” og ”strukturelle justeringer”. En verdijustering innebærer en regulering av den prisen to nærstående har satt på en transaksjon seg i mellom. Dette er den tradisjonelle formen for justering ved anvendelse av armlengdeprinsippet, og ikke direkte relevant for tynn kapitalisering.

Strukturelle justeringer er mer kontroversielle. En strukturell justering innebærer en tilpasning av andre vilkår i transaksjonen enn de som går på pris.<sup>67</sup> Når ligningsmyndighetene omklassifiserer lån til egenkapital er dette en strukturell justering.

---

<sup>63</sup> OECD komm. art 9.

<sup>64</sup> Zimmer (2008) s 148.

<sup>65</sup> OECD komm. art 9 avsnitt 3.

<sup>66</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.64.

<sup>67</sup> Bullen (2008) s 113-114.

OECDs retningslinjer legger til grunn at ligningsmyndighetene skal være svært tilbakeholdne med å foreta strukturelle endringer, kun i eksepsjonelle tilfeller bør ligningsmyndighetene se bort fra den faktiske transaksjonen.<sup>68</sup>

OECDs retningslinjer gir anvisning på to situasjoner hvor det unntaksvis kan være hensiktsmessig og berettiget for myndighetene å se bort fra strukturen de nærstående partene har lagt opp til. Det første unntaket dreier seg om transaksjoner der transaksjonens form og innhold stemmer med hverandre, men der transaksjonen avviker fra hva uavhengige parter ville ha gjort.<sup>69</sup> Det kan for eksempel være et datterselskap som overfører alle rettigheter til programvare til morselskapet mot et lavt beløp. Dette alternativet er ikke aktuelt i forbindelse med tynn kapitalisering. Det andre unntaket er der det økonomiske innholdet i en transaksjon avviker fra transaksjonens form. Det kan eksempelvis være lån mellom nærstående hvor en armlengdevurdering tilsier at strukturen ville vært annerledes mellom uavhengige parter, for eksempel ved tynn kapitalisering, hvor selskapet har mer lån enn det ville hatt uten hjelp fra nærstående.<sup>70</sup> I slike tilfeller kan myndighetene klassifisere kapitaltilskuddet etter transaksjonens innhold, slik at lånet kan omklassifiseres til egenkapital.

---

<sup>68</sup> OECD Guidelines (2010) avsnitt 1.64.

<sup>69</sup> OECD Guidelines (2010) avsnitt 1.65.

<sup>70</sup> OECD Guidelines (2010) avsnitt 1.65.



## **4 Gir skatteloven § 13-1 hjemmel for å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper?**

### **4.1 Innledning**

I motsetning til en del andre land har ikke Norge en egen bestemmelse vedrørende tynn kapitalisering. Skatteloven § 13-1 er en generell regel som retter seg mot avtaleforhold mellom nærstående. Det er en tilordningsregel som tar sikte på å regulere *hvem* som i gitte tilfeller skal beskattes for en bruttoinntekstpost, eller gis fradrag for en kostnad.<sup>71</sup> Bestemmelsen gir uttrykk for armlengdeprinsippet.

Ordlyden i § 13-1 omfatter skjønnsliggning av selskap hvor formue eller inntekt er redusert som følge av et interessefellesskap. Den gir ikke klart uttrykk for å dekke tilfeller av tynn kapitalisering. Derfor oppstår spørsmålet om § 13-1 gir adgang til å skjønnsligne tynt kapitaliserte selskaper.

Skatteloven § 13-1 bygger i stor grad på tidligere lovbestemmelser. De første interessefellesskapsbestemmelsene ble vedtatt i 1911, landskatteloven § 54 og byskatteloven § 46, som var likelydende.<sup>72</sup> Disse ble slått sammen med virkning fra 1976 til skatteloven § 54.<sup>73</sup> I den siste redaksjonelle omleggingen av skatteloven ble bestemmelsen videreført i sktl § 13-1.<sup>74</sup> Tidligere rettspraksis og forarbeider er derfor av interesse for å avklare om dagens bestemmelse kan brukes på tilfeller av tynn kapitalisering. Spørsmålet er om forarbeider og rettspraksis gir støtte for å anvende § 13-1 ved tilfeller av tynn kapitalisering.

---

<sup>71</sup> Skaar (2006) s 330.

<sup>72</sup> Landskatteloven av 1911 (opphevet) og Byskatteloven av 1911 (opphevet).

<sup>73</sup> Lov av 14. mars 1975 nr 5.

<sup>74</sup> Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s 75.

## 4.2 Forarbeider

### 4.2.1 Ot.prp.nr. 26 (1980-1981)

Spørsmålet om sktl (1911) § 54 hjemlet adgang til skjønnsliggning av tynt kapitaliserte selskaper var særlig aktuelt før lovendringen i 1981.<sup>75</sup> Bestemmelsens ordlyd gav ikke klart uttrykk for å omfatte tilfeller av tynn kapitalisering før endringen, selv om dette nok kunne utledes av Fornebo-dommen, se nedenfor.<sup>76</sup> Spørsmålet var om det kom en endring slik at rettskildebildet ble klarere etter lovendringen. Bestemmelsen beholdt for øvrig samme paragrafnummer etter lovendringen.

Temaet begynte å bli mer aktuelt ettersom flere internasjonale selskaper hadde som målsetting å maksimere sitt netto overskudd på verdensbasis. Stadig flere så på beskatning som en vesentlig utgift som kunne reduseres gjennom skatteplanlegging. I forarbeidene ble det gitt to eksempler på metoder som kunne brukes som ledd i skattemessig planlegging. Det ene eksempelet gikk ut på at betaling av urimelige vederlag ved transaksjoner mellom nærstående, og det andre på valg av ulike finansieringsalternativer. Finansieringen kunne skje ved at

”selskapet utstyres f.eks med minimal egenkapital, og finansieres i stedet med lån opptatt fra beslektede selskaper i utlandet. Lånerenten er i utgangspunktet fradragsberettiget i Norge og overskuddet tas på denne måten skattefritt ut av landet”.<sup>77</sup>

Begrepet tynn kapitalisering brukes ikke i eksemplene som sktl (1911) § 54 tar sikte på å forhindre, men det siste eksempelet er et typisk eksempel på tynn kapitalisering.

---

<sup>75</sup> Fløystad (1990) del 1 s 56.

<sup>76</sup> Rt 1940/598 Fornebo.

<sup>77</sup> Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s 56.

I forarbeidene til § 54 står det at den nye bestemmelsen er en videreføring av den tidligere bestemmelsen.<sup>78</sup> For å anvende § 54 må det ha skjedd en inntekts- eller formuesreduksjon. En reduksjon foreligger når en transaksjon – eller en samhandel totalt over tid – er økonomisk dårligere for skattyter enn den ville ha vært i et uavhengig forhold. Forarbeidene fremholdt at måten dette har skjedd på i prinsippet er uten betydning, men det kunne gjøres ved ”uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, *unaturlig høy lånefinansiering* m.v.”<sup>79</sup> (min kursivering). Uttrykket tynn kapitalisering brukes heller ikke her, men ordlyden ”unaturlig høy lånefinansiering” er et annet uttrykk for tynn kapitalisering, slik at § 54 gir uttrykk for å dekke tilfeller av tynn kapitalisering.

Den nye sktl § 54 medførte få materielle endringer. Det måtte foreligge interessefellesskap, inntekts- eller formuesreduksjon og årsakssammenheng mellom reduksjonen og interessefellesskapet for at skattyter kunne skjønnsignes. Disse vilkårene fulgte av rettspraksis, og var ingen nyskaping i den nye bestemmelsen.

Den eneste materielle endringen gikk på bevisbyrdereglene i tilfeller hvor fordelsmottakeren er bosatt eller hjemmehørende i utlandet. Derfor ble det hevdet også etter lovendringen at bestemmelsen ikke hjemlet adgang til skjønnsliggning i tilfeller av tynn kapitalisering. Det ble anført at bestemmelsen før endringen hadde forutsatt et ”utnyttelseskriterium”, blant annet anført i BP-dommen,<sup>80</sup> se nedenfor. Interessefellesskapet måtte være utnyttet slik at långiveren hadde skaffet seg særfordeler ved en tapping av selskapet. Det kunne for eksempel skje ved at lånet ble belastet med rente høyere enn markedsrente.<sup>81</sup> Det skiller seg fra tynn kapitalisering hvor selskapet ikke blir ”fattigere”, det er kun spørsmål om selskapets kapitalstruktur. De gjengitte uttalelsene i

---

<sup>78</sup> Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s 66.

<sup>79</sup> Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s 66.

<sup>80</sup> Utv 1989/341 BP.

<sup>81</sup> Fløystad (1990) del 1 s 56.

forarbeidene tyder derimot på at det dreier seg om tynn kapitalisering og at bestemmelsen tar sikte på å dekke dette.

#### 4.2.2 Ot.prp.nr. 86 (1997-1998)

I forbindelse med en redaksjonell omlegging kom skatteloven i en ny utgave i 1999.<sup>82</sup> Den tidligere skattelovens § 54 ble videreført i den nye skattelovens § 13-1.<sup>83</sup> Det var ingen materielle endringer i bestemmelsen og de tre vilkårene for skjønnsligning ble videreført. I forarbeidene ble ikke tynn kapitalisering nevnt, og det kom ingen føringer på hvordan tilfeller av tynn kapitalisering skulle behandles utover det som ble skrevet generelt om bestemmelsen.

### 4.3 Rettspraksis

#### 4.3.1 Fornebo-dommen

Temaet tynn kapitalisering var først oppe for domstolen i Fornebo-dommen i 1940.<sup>84</sup> Spørsmålet i saken var om landsskatteloven § 54 hjemlet muligheten til å foreta begrensninger i fradragsretten for gjeldsrenter.

Eieren av en gård på Fornebo var blitt ute av stand til å betjene gjelden sin, og et område av gården ble overdratt til et nytt aksjeselskap mot sletting av gjelden. Aksjeselskapet, A/S Fornebo (Fornebo), ble stiftet av hans tre kreditorer, hvorav to banker. Det var påbegynt utparsellering av området, og selskapet skulle fullføre dette arbeidet og selge tomtene. Aksjekapitalen i selskapet var på kr 20.000,- og selskapet finansierte tomtekjøpet ved å overta debtors gjeld på ca kr 400.000,-. Selskapet skulle senere betale denne summen tilbake til aksjonærene. Ved lånet heftet en klausul om at det ikke ville bli betalt renter eller avdrag på lånet før selskapet hadde likvide midler.

---

<sup>82</sup> Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr 14.

<sup>83</sup> Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s 75.

<sup>84</sup> Rt 1940/598 Fornebo.

Riksskattestyret fant tre omstendigheter avgjørende for at Fornebos kreditorer måtte antas å ha større aksjonærinteresser i selskapet enn regnskapene viste. Gjeldsbrevenes klausul om at renter og avdrag ikke kunne kreves utbetalt, aksjekapitalens beskjedne størrelse, og at det egentlige formål med overtakelsen var å få realisert kreditorenes panteinteresser. Riksskattestyret vurderte forholdet etter landskatteloven § 54. Aksjonærene ble ansett for å være medinteressenter i prosjektet, og det ble gjort forholdsmessig fradrag for den delen av gjelden som ble ansett for å være reell.

Flertallet (dissens 3-2) så på vilkårene for å anvende § 54, samt tidligere rettspraksis rundt bestemmelsen, for å vurdere om § 54 kom til anvendelse på forholdet. Førstvoterende, som representerte flertallet, uttalte at

”det ikke er nok at det foreligger interessefellesskap (deltakerinteresse); dette må ha resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkastning, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig, men bare kan forklares ved interessefellesskapet, og som har medført en forrykning av skattefundamentene”.

Høyesterett antok at Riksskattestyret hadde krevd mer enn det som var nødvendig for at et aksjeselskap skulle bli ansett for å være drevet på en forretningsmessig sett rimelig og naturlig måte. Aksjekapitalen var av beskjedne størrelse i forhold til gjelden, og førstvoterende la vekt på at det vanskelig lot seg gjøre å stille opp et fast, prosentmessig forhold mellom aksjekapital og gjeld som ”det normale”. Størrelsen på gjelden ville i hvert tilfelle avhenge av kredittgivers vurdering. Retten fant at det var en meget naturlig og rasjonell fremgangsmåte når kreditorene, for å beskytte sine økonomiske interesser, valgte å ferdigstille tomtene for salg selv, uten å kreve sitt tilgodehavende utbetalt. Noen større driftskapital var ikke nødvendig ettersom tomtene i stor grad var ferdig opparbeidet. Ligningsmyndighetene pliktet å se hen til de ”forskjelligartede, fullt lojale behov” som

skattyter måtte ha. Det kunne være behov knyttet til å verne kreditorinteresser eller for å beholde selskapet.<sup>85</sup>

Det ble videre uttalt at Riksskattestyret hadde gått lenger enn det som var formålet for § 54, nemlig å verne kommunene mot vilkårlige ordninger, som forrykket deres skattefundament. Høyesterett uttalte at Riksskattestyret hadde

”lagt en annen målestokk til grunn enn den lovbestemmelsen må antas å falle tilbake på, og har derved gitt ligningsmyndighetene en videre adgang til skjønnsmessig ligning enn det rettelig tilkommer den”.<sup>86</sup>

Førstvoterende kom til at vilkårene for å foreta begrensninger i fradragsretten ikke var oppfylt, fordi selskapet hadde tilstrekkelig finansiering. Sktl (1911) § 54 ble derfor ikke anvendt i saken. Mindretallet kom til samme resultat som flertallet, men mente det ikke var påkrevd å vurdere om § 54 kom til anvendelse i dette tilfellet. Det kom derfor ingen klar uttalelse om § 54 kunne brukes i tilfeller av tynn kapitalisering.

#### 4.3.2 Amoco-dommen

I Amoco-dommen<sup>87</sup> tok byretten stilling til om Amoco Norway Oil Company (Amoco) hadde for lite egenkapital, og om sktl (1911) § 54 gav hjemmel for å sette den foreliggende kapitalstruktur til side. Selskapet hadde egenkapital på ca 57 millioner kroner, og gjeld på ca 3.170 millioner kroner. Amoco var finansiert ved kapitaltilførsel fra morselskapet, og med lån garantert av morselskapet. Klagemnda kom til at 225 millioner kroner skulle betraktes som egenkapital for skatteformål. Gjeldsrenter tilknyttet denne delen av lånet ble derfor ikke godkjent fradratt ved ligningen.

---

<sup>85</sup> Rt 1940/598 Fornebo, s 602.

<sup>86</sup> Rt 1940/598 Fornebo, s 601-602.

<sup>87</sup> Utv 1989/304 Amoco.

Det var ikke bestridt av saksøker at § 54 i prinsippet kunne være anvendelig i tilfeller av tynn kapitalisering. To andre saker, Amerada-dommen<sup>88</sup> og BP-dommen<sup>89</sup> (se nedenfor), ble pådømt omtrent samtidig, og kun i BP-saken anførte skattyter at bestemmelsen ikke var anvendelig. Dette er interessant fordi disse er de første dommene som ble avsagt etter Fornebo-dommen. Det var ikke kommet ytterligere klargjøring i rettspraksis om bestemmelsen var anvendelig på tynn kapitalisering før disse dommene ble avsagt. Det tyder på at Fornebo-dommen var tatt til inntekt for at § 54 var anvendelig på tynn kapitalisering.

Retten fant det ikke tvilsomt at bestemmelsen kunne brukes i tilfeller hvor et selskaps kapitalforhold var påvirket av interessefellesskapet. Bestemmelsen gav ligningsmyndighetene hjemmel for å sette ligningen til side, og fastsette den fradragsberettigede del av gjeld og gjeldsrenter ved skjønn.<sup>90</sup>

Klagenemnda hadde oppstilt egne retningslinjer for behandling av saker hvor det var spørsmål om skjønnsligning av tynt kapitaliserte selskaper. Amoco stilte spørsmål om rettmessigheten ved bruk av retningslinjene, og hvorvidt retningslinjenes innhold var i samsvar med lovens ordlyd og intensjon. Retten kunne ikke se at retningslinjene var i strid med skjønnsutøvelsens hjemmelsgrunnlag, eller at de på andre måter var i strid med lov eller god forvaltningspraksis. Det var et behov for slike retningslinjer, og de ble antatt å gi anvisning på det som var et rimelig forhold mellom egenkapital og gjeld i næringsvirksomhet på norsk sokkel. Retningslinjene ble derfor lagt til grunn for behandlingen.

Retningslinjene gjaldt tre typiske situasjoner, lete- og undersøkelsesomkostninger, utbyggingskostnader og refinansiering. I lete- og undersøkelsesfasen ble det lagt til grunn at selskapet måtte fullfinansieres med egenkapital, på grunn av den store risikoen selskapet

---

<sup>88</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. mars 1989, Amerada.

<sup>89</sup> Utv 1989/341 BP

<sup>90</sup> Utv 1989/304 Amoco, s 307.

tok. Utbyggingsfasen gir rom for lånefinansiering, det skyldtes forventninger om fremtidig inntekt. Klagenemnda la her til grunn et krav om 20 % egenkapital. Med tanke på refinansieringssituasjoner oppstilte Klagenemnda flere vilkår. Disse blir behandlet nærmere i kapittel 6.4.3.<sup>91</sup>

Retten konkluderte med at vilkårene om interessefellesskap og årsakssammenheng var oppfylt, og vurderte deretter om det forelå en inntektsreduksjon.

Amoco anførte at interessefellesskapet ikke hadde virket inn på selskapets kapitalstruktur fordi selskapet kunne oppnådd refinansiering på det frie kapitalmarked. Dette måtte utelukke skjønnsligning. Amoco viste til et tilbud om prosjektlån, men retten fant at det ofte var knyttet restriksjoner til slike lån, som for eksempel ved utdeling av utbytte, og utøvelse av stemmerett, slik at prosjektlån ikke kunne sammenlignes med det lånet Amoco valgte. Amoco viste videre til uttalelser fra to banker fra 1983 som dokumentasjon for selskapets lånekapasitet i 1982. Spørsmålene som ble stilt på bakgrunn av denne dokumentasjonen, var om selskapets gjeldsgrad overhodet var oppnåelig på uavhengig basis, og om det kunne anses rimelig at denne kapitalstrukturen ville vært valgt av et uavhengig selskap. Retten la til grunn at Amoco ikke ville ha oppnådd den gjeldsgraden de hadde på uavhengig basis, og det var lite trolig at et uavhengig selskap ville ha valgt en slik kapitalstruktur. Bankuttalelsene ble regnet for å være hypotetiske, slik at det ikke var grunn for å avvike hovedregelen at skattyter skal lignes på grunnlag av de disposisjoner skattyter har foretatt. Vedtaket fra Klagenemnda ble derfor opprettholdt.

#### 4.3.3 Amerada-dommen

Amerada Hess Norge AS (Amerada) var opprinnelig finansiert ved lån fra utenforstående. Som følge av et utbyggingsprosjekt økte finansieringsbehovet, og selskapet tok opp et lån garantert av morselskapet som reduserte renteutgiftene. Selskapet hadde en egenkapital på

---

<sup>91</sup> 19861110-A, pkt 4.3.3. Retningslinjene er inntatt i sin helhet i denne avgjørelsen fra Klagenemnda. Jeg vil derfor henvise til denne avgjørelsen når jeg viser til retningslinjene.



ca 60 millioner kroner, og samlet lån på ca 2,9 milliarder kroner.<sup>92</sup> Klagenemnda kom til at 305 millioner kroner måtte anses som egenkapital, fordi selskapet uten garantien måtte hatt høyere egenkapital, og byretten stadfestet vedtaket.

Amerada bestred i likhet med Amoco ikke at sktl (1911) § 54 var anvendelig på tynn kapitalisering. Lagmannsretten uttalte at § 54 hjemler ”skattemessig oppjustering av den regnskapsførte egenkapital dersom retten kommer til at refinansiering med den regnskapsførte egenkapital bare var mulig med morselskapets garanti”.<sup>93</sup>

Amerada erkjente at de ikke kunne ha foretatt finansieringen uten garanti fra morselskapet. Lagmannsretten måtte ta stilling til betydningen av påberopte finansieringsalternativ og skjønnets innhold.

Retten uttalte om finansieringsalternativet at tilbudet ikke var et tilnærmet likeverdig alternativ til det lånet Amerada valgte. Tilbudet ville gitt full refinansiering uten garanti eller økt egenkapital, men det skyldtes i hovedsak høyere renteutgifter og gebyrer. Tilbudet var etter en samlet vurdering klart ufordelaktig sammenlignet med garantilånet.<sup>94</sup>

Klagenemndas retningslinjer ble angrepet også av Amerada. Det ble anført at retningslinjene var diskriminerende, mangelfulle, og at selskapet som følge av disse ikke ble behandlet individuelt. Retten uttalte at selskapet hadde fått en individuell behandling slik § 54 legger opp til, samt at bevisførselen ikke gav grunnlag for å konstatere feil ved saksbehandlingen.

Byrettens dom ble stadfestet og den regnskapsmessige egenkapitalen ble økt.

---

<sup>92</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. mars 1989, Amerada.

<sup>93</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. mars 1989, Amerada, s 10.

<sup>94</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. mars 1989, Amerada, s 11.

#### 4.3.4 BP-dommen

BP Petroleum Development Limited (BP) finansierte sine lete- og utbyggingskostnader ved lån fra mor- og søsterselskap. Etter Klagenemndas behandling ble BP nektet fradrag for alle finanskostnader knyttet til letekostnader, og finanskostnadene tilknyttet 20 % av utbyggingskostnadene.<sup>95</sup> Dette resultatet var i tråd med Klagenemndas retningslinjer beskrevet i pkt 4.3.2.

BP var det eneste selskapet som bestred at sktl (1911) § 54 var anvendelig ved tynn kapitalisering. Spørsmålet i saken var om § 54 gav ligningsmyndighetene hjemmel for å sette BPs ligning til side.

BP anførte at det måtte foreligge en utnyttelse eller en tapping av selskapet, men byretten fant ikke støtte for dette argumentet i forarbeidene til skatteloven. Retten henviste derimot til forarbeidene til petroleumsskatteloven hvor lovgiver hadde vært oppmerksom på de skattemessige fordelene ved tynn kapitalisering. Byretten fant at den norske lovgivningen tok sikte på å hindre overføringer til utlandet som rettmessig skulle beskattes i Norge.<sup>96</sup> Byretten uttalte at

”[e]tter bestemmelsens ordlyd og enhver rimelig tolkning av bestemmelsen tar den direkte sikte på å gi hjemmel for å sette regnskapet til side og fastsette den fradragsberettigede del av gjeld og gjeldsrenter m.v. ved skjønn, hvis et selskaps kapitalforhold i vesentlig grad må ansees påvirket av interessefellesskapet med morselskapet.”<sup>97</sup>

Retten konkluderte med at § 54 var anvendelig på tilfeller av tynn kapitalisering

---

<sup>95</sup> Utv 1989/341 BP.

<sup>96</sup> Utv 1989/341 BP, s 345.

<sup>97</sup> Utv 1989/341 BP, s 343.

BP anførte videre at det forelå feil ved Klagenemndas skjønnsutøvelse, men dette ble avvist. Også innsigelsen om at det forelå diskriminering av utlendinger ble avvist ettersom det ikke forelå brudd på skatteavtalen.

Byretten opprettholdt etter dette Klagenemndas vedtak.

#### 4.3.5 Scribona-dommen

Saken vedrørende Scribona Norge AS (Scribona) er den eneste dommen avsagt om tynn kapitalisering hvor selskapet ikke var underlagt petroleumsskatteloven.<sup>98</sup> Scribona var finansiert ved lånopptak av et belgisk søsterselskap, og Scribona lånte penger videre til datter- og søsterselskap.

Scribona hadde i 1990 gjeld på 398 millioner kroner og egenkapitalen var negativ med 72,9 millioner kroner. I 1991 var gjelden på 306 millioner kroner og egenkapitalen var negativ med 202,5 millioner kroner. Ligningsnemnda omklassifiserte gjeld til egenkapital, og la til grunn et egenkapitalkrav på 15 %.

Spørsmålet i saken var om det var rettslig grunnlag for å fravike Scribonas selvangivelser og fastsette selskapets inntekt og formue ved skjønn etter sktl (1911) § 54.<sup>99</sup> Partene var enige om at vilkåret om interessefellesskap var oppfylt. Lagmannsretten måtte ta stilling til hvordan selskapets situasjon ville vært i et uavhengig låneforhold, om en uavhengig bank ville stilt krav til morselskapet om at det ble skutt inn mer egenkapital, eller at det ble gitt en garanti. Sammenligningen måtte skje med den forutsetning at ”en uavhengig finansinstitusjon ville ha gitt kreditt på forretningsmessige rimelige og naturlige vilkår”.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Utv 2004/685, Scribona.

<sup>99</sup> Saken var oppe til behandling for lagmannsretten i 2004 etter at sktl § 13-1 var trådt i kraft, men saken gjaldt ligningsårene 1990-1992, slik at sktl (1911) var gjeldende i saken.

<sup>100</sup> Utv 2004/685 Scribona.

Scribona overtok innmaten i søsterselskapet med virkning fra 1990 og selskapet hadde før overtakelsen en positiv egenkapital, men dette endret seg etter overtakelsen. Lagmannsretten la til grunn at det var overveiende sannsynlig at en uavhengig bank ville stilt seg positiv til videre utlån, men ikke uten garanti eller egenkapitaltilskudd fra morselskapet. Morselskapet hadde økonomisk styrke til å bidra, og derfor var det lite sannsynlig av banken ville påtatt seg all risikoen alene. Scribona ble tilført egenkapital fra EFI, men dette var ikke tilstrekkelig til å endre misforholdet mellom egenkapital og gjeld, eller til å tilfredsstille en uavhengig bank.

Scribona godtgjorde ikke at reduksjonen skyldtes andre forhold enn interessefellesskapet. Selskapet hadde frafalt anførselen om at skjønnnet måtte settes til side, og de materielle vilkårene for å fastsette Scribonas inntekt ved skjønn var oppfylt. Selskapet ble skjønnslignet i tråd med overligningsnemndas vedtak.

#### 4.3.6 Statoil Angola-dommen

Statoil Angola Block 17 AS (Statoil Angola) er 100 % eid av Statoil ASA (Statoil) og er deltaker på utbygging av et felt i Angola.<sup>101</sup> Selskapet ble finansiert av lån fra Statoil og Statoil Coordination Center (SCC). SCC er et belgisk selskap i Statoil-konsernet, og Statoil eier 88 % av aksjene i selskapet. Lånet ytet fra SCC til Statoil Angola var på markedsvilkår. Lånet fra Statoil var rentefritt, fordi selskapet ikke hadde lånekapasitet utover det lånet som var ytet av SCC. Oljeskattenemnda fastsatte inntektstillegg på det rentefrie lånet, fordi Statoil og SCC på grunn av interessefellesskapet måtte likestilles i forhold til renteberegning.

Spørsmålet i saken var om det i medhold av sktl § 13-1 kunne fastsettes inntektstillegg for Statoil på grunn av det rentefrie lånet til Statoil Angola. Saken reiste ikke spørsmål direkte knyttet til tynn kapitalisering, men det var spørsmål om å foreta restrukturering av en

---

<sup>101</sup> Rt 2007/1025 Statoil Angola.

kontrollert transaksjon. Klagenemndas retningslinjer ble lagt til grunn for å vurdere Statoil Angolas lånekapasitet.

Partene var enige om at Statoil Angola ikke hadde lånekapasitet utover lånet ytet av SCC. Det medførte at selskapet ikke hadde mulighet til å ta opp lånet fra Statoil på markedet. Avgjørelsen om at lånet fra Statoil skulle være rentefritt var derfor ikke et resultat av interessefellesskapet.

Lån utover låntakers lånekapasitet forekommer ikke mellom uavhengige parter. Høyesteretts flertall (dissens 3-2) vurderte Statoils anførsel om at fordelingen av rentebærende og rentefrie lån var forretningsmessig begrunnet, for å finne ut om det kunne foretas en restrukturering. SCC hadde ingen eierinteresser i selskapet, og et rentefritt lån ville dermed hatt preg av en ensidig verdioverføring. Statoil hadde interesse i selskapet i form av forventninger til avkastning av driften. Når Statoil valgte å drive selskapet med såpass lav egenkapital var det begrunnet med at kapitaltilskudd i form av rentefrie lån gav en fleksibel kapitalstruktur med tanke på tilbakebetaling. Selv om det forelå interessefellesskap, var det ingen grunn til å likestille långiverne i forhold til renteberegningen fordi det forelå en forretningsmessig begrunnelse. Flertallet uttalte at i den grad ”det er skattemessige årsaker som ligger til grunn for at SCC er organisert som et belgisk selskap, er plasseringen i Belgia et resultat av en lovlig skattemessig plassering”. Det var derfor ikke grunnlag for å fastsette inntektstillegg etter § 13-1 og Oljeskattnemndas vedtak ble opphevet.<sup>102</sup>

#### 4.4 Sammenfatning

Det er kun avsagt underrettsdommer vedrørende tynn kapitalisering etter sktl (1911) § 54. Underrettsdommene har i utgangspunktet kun en illustrasjonsverdi, men sammenholdt med forarbeidene gir de et entydig rettskildebilde. Statoil Angola-dommen bekrefter at det kan gjøres strukturelle endringer med hjemmel i sktl § 13-1. Det er ikke avsagt noen tynn

---

<sup>102</sup> For kommentarer til dommen, se Bullen (2008).

kapitaliseringsdommer med hjemmel i § 13-1, men bestemmelsen er en videreføring av sktl (1911) § 54. Overgangen fra sktl (1911) § 54 til sktl § 13-1 er derfor ikke problematisk, og § 13-1 kan benyttes til å gjøre strukturelle endringer ved tynn kapitalisering.

## **5 Den kontrollerte transaksjonen**

### **5.1 Innledning**

Når ligningsmyndighetene skal vurdere om et selskap er tynt kapitalisert er det relevant å avgjøre hvilke lånetransaksjoner som er kontrollerte. Hvorvidt det foreligger en kontrollert transaksjon har betydning for om debitor kan skjønnsignes. Foreligger det ikke et kontrollert lån, er det heller ikke grunnlag for å omklassifisere debitors lån til egenkapital.

Jeg vil i det følgende gå gjennom tre former for kontrollerte lån som er aktuelle ved spørsmål om tynn kapitalisering.

### **5.2 Direkte lån**

Direkte lån er lån som går rett fra kreditor til debitor. Ved interessefellesskap går lånene direkte mellom to nærstående. Ved slike lån oppstår det ikke spørsmål om det er et lån som kommer fra nærstående, det er opplagt at det er et kontrollert lån. Når det er gitt et direkte lån fra nærstående, kan debitors inntekt fastsettes ved skjønn dersom selskapets egenkapital av denne grunn er blitt lavere enn hva den ville ha vært, hvis selskapet hadde måtte søke finansiering på markedet.<sup>103</sup>

### **5.3 Garanterte lån**

Garanterte lån er lån tatt opp hos en uavhengig part med garanti fra nærstående. Ordlyden i sktl § 13-1 tilsier at reduksjonsvilkåret kan oppfylles også ved garanterte lån. Garantien må ha medført at låntaker har fått et høyere lån enn selskapet ville ha fått uten garantien, og

---

<sup>103</sup> Utv 1989/304 Amoco, avsnitt 2.

dermed fått høyere gjeldsrente.inntekten vil da være redusert på grunn av garantien fra nærstående. Garanterte lån skal derfor likestilles med direkte lån.

Et spørsmål som kan oppstå ved garanterte lån er hva slags garanti som foreligger og hvordan denne skal tolkes. Ligningsmyndighetene må foreta en konkret vurdering av garantien, og avgjøre om kreditor har lagt vekt på garantien. I det følgende behandles tre ulike former for garantier, selvskyldnerkausjon, simpel kausjon og støttebrev.

En selvskyldnerkausjon medfører at kreditor kan fremme krav mot kausjonisten så snart debitor ikke betaler. Dette gjør at en slik garanti nok kan likestilles med direkte lån. Ved simpel kausjon er kausjonisten ansvarlig dersom debtors betalingsevne svikter, men ikke dersom debitor mangler betalingsvilje.<sup>104</sup> Det skal mer til før kreditor kan gå på kausjonisten, men mangler debitor betalingsevne kan kreditor avkreve kausjonisten. Kreditor vil nok derfor vektlegge en simpel kausjon ved vurderingen av om debitor skal få lån.

Mer usikkert er det for de mindre forpliktende garantiene, ofte omtalt som støttebrev, ”trøstebrev” eller ”letters of comfort”. Dette kan være erklæringer fra morselskap til datterselskap som bekrefter datterselskapets finansielle situasjon, og at morselskapet støtter datterselskapet. Ordlyden i slike brev kan oppfattes som uforpliktende, slik at det er usikkert om erklæringen er juridisk bindende for morselskapet. Betydningen av støtteerklæringen var oppe i Amoco II-dommen.<sup>105</sup> Sakens hovedspørsmål var knyttet til fradrag for forsikringspremie betalt til konserninternt forsikringsselskap. Denne saken har ingen tilknytning til Amoco-dommen som ble behandlet i kapittel 4.3.2.

Det var avgitt to støtteerklæringer i Amoco II-saken, og det var uklart om den ene av de to støtteerklæringer skulle anses for å være rettslig forpliktende. Selv om dette var usikkert, ble det uttalt at erklæringene ”under enhver omstendighet [gir] en god faktisk sikkerhet”.

---

<sup>104</sup> Gisle (2002) s 263.

<sup>105</sup> Rt 2002/1247 Amoco II.



Dette tyder på at erklæringene kan tillegges en positiv effekt, som høyere lån, ved låneopptak selv om erklæringene ikke er juridisk bindende.

Det kan stilles spørsmål ved om det er mulig at et datterselskap får et større lån, uten garanti eller støttebrev, kun fordi datterselskapet er del av et konsern. Jeg vil i det videre bruke betegnelsen stilltiende garanti. Eksempelvis kan en uavhengig långiver som er morselskapets bankforbindelse vektlegge dette ved utlån til datterselskapet, selv om garanti ikke foreligger. Den uavhengige långiveren vil i slike tilfelle ha kjennskap til konsernets økonomi, en innsikt de ikke ville hatt uten å være morselskapets bankforbindelse. I slike tilfeller må det foretas en konkret vurdering, først om debitor har lånt mer enn det egenkapitalen og selskapets stilling gir grunnlag for, deretter om det er mulig at kreditor har vektlagt konserntilknytning ved utlån av kapital. Dersom det kun er en teoretisk mulighet for at långiver kan ha vektlagt at debitor hører til et konsern, er skjønnslingning etter § 13-1 ikke aktuelt.<sup>106</sup> Denne spørsmålsstillingen ligger tett opp til spørsmålet om det skal tas hensyn til debitors konserntilknytning. Dette spørsmålet behandles nærmere i kapittel 6.4.1.

#### 5.4 Back-to-back lån

Back-to-back lån er en avtale der to parter i forskjellige land yter hverandre et lån med samme størrelse og løpetid, i valutaene i deres respektive hjemland.<sup>107</sup> Et back-to-back lån kan foreligge på forskjellige måter. For eksempel kan et lån fremstå som frittstående, mens en bank i virkeligheten bare har ”lånt ut” et innskudd som stammer fra morselskap til datterselskap.<sup>108</sup> En annen variant er at morselskap A yter et lån til en tredjepart, og tredjeparten yter et lån til morselskap As datterselskap.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Fløystad (1990) del 1 s 56, Skaar (2006) s 496.

<sup>107</sup> Nørgaard (2003) s 29.

<sup>108</sup> Fløystad (1990) del 1 s 57.

<sup>109</sup> Skaar (2006) s 496-497.

At det foreligger et kontrollert lån ved hjelp av et slikt arrangement vil være svært vanskelig å bevise for ligningsmyndighetene. Selv om de kanskje har mistanke om at et slikt lån foreligger, må ligningsmyndighetene kunne påvise en reell kobling mellom lånene, som gjør at lånet kan likestilles med et garantert lån. Et slikt lånearrangement har så vidt meg bekjent ikke vært oppe i norsk retts- eller ligningspraksis.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Skaar (2006) s 497.

## 6 Inntektsreduksjon

### 6.1 Innledning

For å finne ut om det foreligger en inntektsreduksjon foretar ligningsmyndighetene en lånekapasitetsvurdering. Med lånekapasitet menes selskapets finansielle evne til å ta opp, og betjene, rentebærende lån.<sup>111</sup> Ligningsmyndighetene må i en slik vurdering ta konkret stilling til hvor store lån selskapet faktisk vil kunne oppnå på lånemarkedet og ha mulighet til å betjene. Ved vurderingen vil selskapets økonomiske stilling, som egenkapital og forventede inntekt stå sentralt.<sup>112</sup>

Som ledd i en lånekapasitetsvurdering skal det foretas en sammenlignbarhetsanalyse. Armlengdeprinsippet legger opp til at det skal foretas en sammenligning med andre selskaper for å finne armlengdes pris eller struktur. Ved hjelp av sammenlignbarhetsanalysen plukker ligningsmyndighetene ut selskaper som ligner, heretter sammenligningssubjekter. Det foretas en analyse av disse sammenligningssubjektene, og deretter sammenlignes skattyter med sammenligningssubjektene. Dersom det foreligger avvik mellom skattyter og sammenligningssubjektene, slik at skattyter har høyere lån enn det de ville fått på markedet, foreligger det en reduksjon av inntekten.

Skjønnsfastsettelsen er basert på vurderingen ligningsmyndighetene foretar. Inntekten skal fastsettes som om interessefellesskapet ikke forelå, jf. sktl § 13-1 (3). Ligningsmyndighetene fastsetter selskapets lånekapasitet og avskjærer fradrag for renter utover dette. Det er ikke nødvendig at ligningsmyndighetene spesifiserer hvordan det

---

<sup>111</sup> Rt 2007/1025 Statoil Angola.

<sup>112</sup> Skaar (2006) s 528.

skjønnsmessige beløp er fremkommet, men det må fremgå hva ligningsmyndighetene har tatt hensyn til ved skjønnsfastsettelsen.<sup>113</sup>

## 6.2 Forretningsmessig rimelig og naturlig forhold mellom egenkapital og gjeld

Utsagnet ”forretningsmessig rimelig og naturlig” ble kjent gjennom Fornebo-dommen,<sup>114</sup> men uttrykket ble først brukt i Allers-dommen.<sup>115</sup> I Allers-dommen ble et dansk selskap gitt eksklusiv rett til å annonsere på vegne av uavhengige annonsører i et norsk magasin publisert av søsterselskapet, mot en årlig avgift. Retten kom frem til at det norske datterselskapets inntekt var lavere enn hva den ville ha vært, dersom det norske selskapet hadde forhandlet direkte med annonsørene. Høyesterett kom til at ordningen mellom søsterselskapene ikke kunne ”ansees stemmende med hvad der forretningsmessig er naturlig og rimelig”.<sup>116</sup> Det norske utgiverselskap ble skjønslignet og selskapets inntekt ble hevet. Uttrykket ble deretter brukt i Bækken-dommen,<sup>117</sup> før Fornebo-dommen ble avsagt i 1940.

Når Klagenemnda utviklet retningslinjene var Fornebo-dommen eneste dom på området, og denne var følgelig viktig i utviklingen. I Klagenemndas retningslinjer stod uttrykket ”forretningsmessig rimelig og naturlig” svært sentralt i forbindelse med vilkårene vedrørende refinansiering.<sup>118</sup> Det var avgjørende at refinansieringen var reell, og at den ikke reduserte selskapets egenkapital på en måte som ikke var forretningsmessig rimelig og naturlig for et frittstående foretak.

---

<sup>113</sup> Skatteetaten (2009) s 1135.

<sup>114</sup> Rt 1940/598 Fornebo.

<sup>115</sup> Rt 1936/833 Allers.

<sup>116</sup> Rt 1936/833 Allers, s 834.

<sup>117</sup> Rt 1939/699 Bækken.

<sup>118</sup> 19861110-A, pkt 4.3.3.

I Amoco-dommen<sup>119</sup> ble det uttalt at retningslinjene anses for å være utformet med hensyn til hva som kan være et rimelig forhold mellom egenkapital og gjeld i næringsvirksomhet på norsk sokkel. Senere rettspraksis bruker også begrepet som utgangspunkt for vurderingen, både i saker vedrørende tynn kapitalisering<sup>120</sup> og i andre interessefellesskapssaker.<sup>121</sup>

Utsagnet om at kapitalstrukturen må være ”forretningsmessig rimelig og naturlig” har med dette dannet utgangspunktet for vurderingen i sakene som har vært behandlet i rettssystemet etter Fornebo-saken. Denne ”Fornebo standarden” angir en forholdsvis bred vurdering under armlengdeprinsippet.<sup>122</sup> Det skal vurderes hvor store lån låntaker kan få på markedet og ha mulighet til å betjene. En slik vurdering vil gi anvisning på ”forretningsmessig rimelig og naturlig” forhold mellom gjeld og egenkapital.

### 6.3 Individuell behandling

Fastleggingen av hva som er et forretningsmessig rimelig og naturlig forhold mellom gjeld og egenkapital kan vanskelig angis ved en bestemt størrelse. Det ble poengtert i Fornebo-dommen, hvor det sies at det er vanskelig å skjønne hvordan det skal la seg gjøre ”å oppstille noe i retning av et fast, prosentmessig forhold mellom aksjekapital og gjeld som ”det normale””. Det kan ikke fastslås kun ved hjelp av en prosentsats om et selskap er tynt kapitalisert. Det må foretas en konkret og individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle.<sup>123</sup> Vurderingen vil derfor variere fra sak til sak.

Anvendelse av armlengdeprinsippet legger også opp til en individuell vurdering ved at det skal foretas en sammenligning. For å kunne gjør det må ligningsmyndighetene se konkret

---

<sup>119</sup> Utv 1989/304 Amoco.

<sup>120</sup> Utv 2004/685 Scribona.

<sup>121</sup> Se Rt 2007/1025 Statoil Angola, Rt 2010/790 Telecomputing.

<sup>122</sup> Bullen (2010) s 412.

<sup>123</sup> Fløystad (1990) del 2, s 112.

på disposisjonen foretatt av selskapet, og foreta en individuell vurdering i hver sak. Denne individuelle behandlingen skiller seg fra sjablonregler. En slik regel oppstiller klare og tydelige regler, for eksempel et forholdstall mellom gjeld og egenkapital som forholdstallet 4:1 som Danmark har.<sup>124</sup>

Det fremgår også av rettspraksis at retten skal ta utgangspunkt i den konkrete kontrollerte transaksjonen, og sammenligne den med transaksjoner foretatt mellom uavhengige.<sup>125</sup> I Nycomed-dommen<sup>126</sup> var spørsmålet om et norsk morselskap skulle lignes for beregnede renteinntekter på lån til utenlandske datterselskaper etter sktl (1911) § 54. Likningsvedtaket ble opphevet fordi det ikke var foretatt en individuell bedømmelse av hvert selskap. Nycomed hadde tre utenlandske datterselskaper og vedtakene for de tre selskapene var utformet på en tilnærmet identisk måte, også for begrunnelsens vedkommende. Det forelå ingen individuell vurdering, og dermed ble vedtaket opphevet og hjemvist til ny behandling.

## 6.4 Prinsipper

### 6.4.1 Betydningen av debtors konserntilknytning

Armlengdeprinsippet legger opp til at det skal sees bort i fra interessefellesskapet mellom partene i en kontrollert lånetransaksjon.<sup>127</sup> Spørsmålet er om armlengdeprinsippet også fordrer at det skal sees bort fra at debitor er med i et konsern. Fordelen ved å være med i et konsern er ikke bare at morselskap kan stille opp med kapital, men debitor kan også nyte godt av ”goder”, som konsernets know-how og tilgang til konsernets kanaler for tjenester, service og salg.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> OECD Guidelines avsnitt 4.94.

<sup>125</sup> Se for eksempel Rt 2007/1025 Statoil Angola, Utv 2004/685 Scribona,

<sup>126</sup> Utv 1999/540 Nycomed.

<sup>127</sup> Skaar (2006) s 508.

<sup>128</sup> Skaar (2006) s 509.

Foretar man en vurdering av hvorvidt positive virkninger ved å være med i et konsern skal vektlegges, vil det ligge tett opp til en vurdering av om det foreligger en stilltiende garanti, som nevnt ovenfor i punkt 5.3. Ved spørsmålet om stilltiende garantier er imidlertid vurderingstemaet bredere, fordi det ikke bare er snakk om verdien av betydningen av konsernets infrastruktur, men også hvorvidt morselskapet vil innfri datterselskapets lån.

I Conoco-dommen<sup>129</sup> var Conoco Norway Inc. (CNI) finansiert med lån fra mor- og mormorselskap. Spørsmålet i saken var om renten CNI betalte til nærstående var for høy i forhold til markedsmessig rente, og var spørsmålet knyttet til en vurdering om hvor mye CNI ville betalt til en uavhengig part. I den anledning gikk lagmannsretten inn på hvilken betydning det hadde at CNI var med i et konsern. Lagmannsretten uttalte at

”en ikke skal se bort fra CNIs faktiske stilling som datterselskap. Loven må forstås slik at den med "om interessefelleskap ikke hadde foreligget", sikter til interessefelleskap mellom långiver og låntaker. Reelle hensyn som taler for å tolke bestemmelsen annerledes, kan ikke sees å foreligge. Det ville også bli en svært hypotetisk vurdering som måtte foretas, dersom en skulle se bort fra CNIs faktiske stilling”

Retten så hen til debtors stilling som konsernselskap og la til grunn at det vil ha en viss betydning for lånevilkårene at debitor er med i et konsern, selv om det ikke foreligger en garanti. Konserntilknytningen ble antatt å ha en positiv effekt for CNI ved eksterne låneopptak, men det var vanskelig å avgjøre nøyaktig hvor stor effekt tilknytningen hadde.

I Nycomed-dommen<sup>130</sup> var spørsmålet om et norsk morselskap kunne lignes for beregnede renteinntekter på rentefrie lån til utenlandsk datterselskap. Lagmannsretten uttalte at det skulle mye til for å konstatere at datterselskapet ikke hadde lånekapasitet, slik at det ikke kan betale renter på lån. Retten måtte derfor vurdere hvor stort lån datterselskapet ville

---

<sup>129</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. september 1992, Conoco.

<sup>130</sup> Utv 1999/540 Nycomed.

kunne oppnå på markedet. For å vurdere hvor mye datterselskapet ville fått i lån ble det foretatt en lånekapasitetsvurdering. Retten viste til Conoco-dommen om betydningen av debtors konserntilknytning. Lagmannsretten uttalte videre at en slik vurdering vil

”være sammensatt av en rekke elementer, der selskapets finansielle stilling og framtidige inntektsmuligheter vil være sentralt, men hvor også bransje, selskapets utviklingstrinn og konserntilknytning samt en rekke andre momenter kan få betydning”.<sup>131</sup>

Det kan på denne bakgrunn se ut som at en skal se hen til debtors stilling som konsernselskap, men at tilknytningen må tillegges begrenset vekt fordi det kan være uklart hvor stor verdi tilknytningen har i det enkelte tilfelle.

#### 6.4.2 Avvikets størrelse

Dersom det konstateres inntektsreduksjon, oppstår spørsmålet om ethvert avvik er tilstrekkelig, eller om avviket må være vesentlig før skattyter kan skjønnsignes. Bestemmelsen ordlyd i sktl § 13-1 sier ikke noe om avvikets størrelse. Uttalelser om krav til avvikets størrelse finnes heller ikke i forarbeidene. Ethvert avvik vil derfor i utgangspunktet være nok til å konstatere reduksjon ut i fra bestemmelsens ordlyd og forarbeider.

Det er mulig at ligningsmyndighetene opererer med en sikkerhetsmargin i tilfeller hvor armlengdes struktur ikke er klar.<sup>132</sup> I Conoco-saken, hvor problemstillingen var om det forelå en inntektsreduksjon fordi renten på lånet fra morselskap var høyere enn markedsrenten, tok lagmannsretten også stilling til om det måtte foreligge en vesentlig inntektsreduksjon.<sup>133</sup> Det var opplyst fra Klagenemnda at de i praksis opererte med en

---

<sup>131</sup> Utv 1999/540 Nycomed, s 544.

<sup>132</sup> Skaar (2006) s 356.

<sup>133</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. september 1992, Conoco.



terskel. Det var vanskelig å gripe inn ved små avvik fordi det var mange usikre faktorer. Også i Amoco-dommen ble det antatt at ligningsmyndighetene nok utviser noe forsiktighet, slik at ikke alle små avvik blir justert.<sup>134</sup>

Prosessøkonomiske hensyn tilsier også at en ikke ønsker å bruke mye ressurser på små beløp.<sup>135</sup> Dette gjør seg kanskje spesielt gjeldende i tynn kapitaliseringssaker fordi målestokken er såpass usikker. Også OECD Guidelines uttaler at ligningsmyndighetene bør være forsiktige med å foreta mindre eller marginale justeringer.<sup>136</sup> Det vil derfor være naturlig om ligningsmyndighetene opererer med en sikkerhetsmargin.

#### 6.4.3 Refinansiering

I flere saker har låntaker presentert lånetilsagn fra uavhengige finansinstitusjoner i forsøk på å bevise at de kunne oppnådd like store lån på det frie marked, uten garanti fra nærstående.<sup>137</sup> Dette ble det tatt hensyn til ved utarbeidelsen av retningslinjene, og Klagenemnda tok inn et punkt vedrørende refinansiering.<sup>138</sup> Ved at selskapet kunne fått lån på markedet har selskapet samme kapitalstruktur som når de har lånt fra nærstående, men kapitalstrukturen er ikke oppnådd *på grunn av* nærstående. Spørsmålet er om slike lånetilsagn er tilstrekkelig til å unngå skjønnsligning.

Med refinansiering menes det i forbindelse med tynn kapitalisering refinansiering hvor den (hypotetisk) innskutte egenkapital erstattes med gjeld. Utgangspunktet er at det ved refinansiering aksepteres at selskapet skulle ha hatt en høyere egenkapital for årene det er aktuelt å skjønnsligne skattyter. I tillegg til å vurdere hvor mye egenkapital som skulle ha vært tilført, må ligningsmyndighetene vurdere betydningen av selskapets forventede

---

<sup>134</sup> Utv 1989/304, Amoco.

<sup>135</sup> Bjerke (1997).

<sup>136</sup> OECD Guidelines avsnitt 2.10.

<sup>137</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. mars 1989, Amerada, Eidsivating lagmannsretts dom av 28. september 1992, Conoco.

<sup>138</sup> 19861110-A, pkt 4.3.

fremtidige inntjening og risiko. Dette kan gi grunnlag for å vise at det for et uavhengig selskap ville vært mulig å oppnå refinansiering, hvor tidligere innskutt egenkapital erstattes med gjeld. Skjønnet kunne ikke baseres på at en refinansiering ikke kunne ha vært gjennomført med virkning for kapitaltilførsel som tidligere var blitt klassifisert som egenkapital ved ligningen.<sup>139</sup>

I Klagenemndas retningslinjer ble det redegjort for i hvilke tilfeller refinansieringstilbud måtte aksepteres, slik at skjønnslingning ikke kunne foretas. Forutsetningen for dette måtte ”være at refinansieringen er reell, og at den ikke reduserer selskapets egenkapital på en måte som for et frittstående foretagende ikke ville vært forretningsmessig rimelig og naturlig”.<sup>140</sup> Klagenemnda oppstilte videre flere vilkår til refinansieringen.

Selskapets forventede inntekt måtte gi grunnlag for en konvertering av egenkapital til lån. Det ble videre stilt krav om at refinansieringen faktisk var gjennomført, og at hensikten med refinansieringen måtte være å frigjøre kapital. Selskapet måtte derfor få tilført kapital fra frittstående kreditor. Omdisponering av lån innad i et konsern ville ikke ha samme realitet, fordi det frigjør ikke kapital for det aktuelle selskapet. Dersom disse vilkårene var oppfylt var det ikke til hinder for refinansieringen at et konsernselskap hadde stilt garanti for selskapet. Selskapet måtte videre ha noe egenkapital i behold, det ville ikke være forretningsmessig rimelig og naturlig dersom selskapet ikke hadde noe egenkapital igjen etter en refinansiering. Klagenemnda kom til at 20 % egenkapital var rimelig og fornuftig egenkapital etter en refinansiering for selskaper på norsk sokkel. Retningslinjene forutsatte altså at refinansieringen var gjennomført, det var ikke tilstrekkelig med andre finansieringstilbud.

I Amerada-dommen<sup>141</sup> fant lagmannsretten det nødvendig å vurdere det påberopte finansieringsalternativ. Dette i motsetning til uttalelsen i retningslinjene om at

---

<sup>139</sup> Fløystad (1990) del 2, s 116.

<sup>140</sup> 19861110-A pkt 4.3.3.

<sup>141</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. mars 1989, Amerada.

refinansieringen måtte være gjennomført. Retten uttalte at dersom selskapet kunne ”oppnådd nødvendig lånefinansiering på noenlunde likeverdige vilkår uten å forhøye den regnskapsførte egenkapital, foreligger etter rettens oppfatning verken formuesreduksjon eller nødvendig årsakssammenheng.” De aktuelle lånetilbudene var konkrete tilbud som forelå på det tidspunktet de garanterte lånene ble tatt opp. Andre alternativer ble ikke vurdert fordi det etter rettens oppfatning måtte foreligge et ”konkret alternativ som forretningsmessig fremsto som noenlunde likeverdig”. Dersom det ikke forelå noen konkrete lånetilbud, ville vurderingen bli for hypotetisk og ikke fremstå som noe reelt alternativ til det finansieringsalternativet som ble valgt. Lagmannsretten la til grunn at lånetilbudet ikke var likeverdig med det alternativ Amerada valgte, og det ble ansett for å være ufordelaktig sammenlignet med det garanterte lånet.

I Amerada-dommen ble Klagenemndas retningslinjer lagt til grunn for skjønnsvurderingen, men ikke i forhold til refinansieringsspørsmålet. Retningslinjene forutsetter at refinansieringen er gjennomført. Lagmannsretten anså det som tilstrekkelig at det forelå lignende lånetilbud for å hindre skjønnsfastsettelse. Dette tyder på at det er tilstrekkelig å bevise at det foreligger et likeverdig lånetilbud for å bevise at kapitalstrukturen ikke skyldes nærstående, og at vilkåret om årsakssammenheng ikke er oppfylt. Et annet forhold er imidlertid at så lenge debitor ikke har valgt lånet på markedet har det formodningen mot seg at dette lånet har hatt tilsvarende eller bedre vilkår så lenge selskapet ikke har valgt dette lånet.

## 6.5 Relevante økonomiske faktorer

### 6.5.1 Innledning

Det er mange økonomiske faktorer som er relevante ved en lånekapasitetsvurdering. Alt som kan ha hatt innflytelse på debitors låneopptak kan virke inn. Det foretas en analyse av selskapets kapitalstruktur, her vil kontantstrøm, balanse og regnskap stå sentralt. Samtidig er selskapets fremtidige inntektsevne viktig, fordi det kan si noe om skattyters evne til å

betjene gjeld i fremtiden. Det må derfor foretas en helhetlig vurdering. Jeg vil i det følgende gå inn på noen av de sentrale punktene i en slik vurdering.

### 6.5.2 Virkelige verdier eller regnskapsmessige verdier?

Det kan være forskjell på virkelige verdier og regnskapsmessige verdier. Derfor oppstår spørsmålet om ligningsmyndighetene skal legge de regnskapsmessige eller virkelige verdier til grunn når man foretar en lånekapasitetsvurdering. Virkelig verdi av en balansepost er dagens verdi, på det tidspunktet vurderingen foretas.<sup>142</sup> Regnskapsmessig verdi er på det tidspunktet regnskapet ble ført, og et eventuelt avvik skyldes utviklingen mellom de to tidspunktene.

Tidspunktet for beregning av lånekapasiteten, er på det tidspunktet lånet ble tatt opp.<sup>143</sup> Det er på dette tidspunktet det er aktuelt for ligningsmyndighetene å vurdere selskapets lånekapasitet, fordi det var på dette tidspunktet selskapet hadde behov for kapitaltilskudd og foretok valget av kapitalstruktur. Mye taler derfor for å legge verdiene på dette tidspunktet til grunn for vurderingen.

I rettspraksis ser det imidlertid ut til at vurderingene er basert på regnskapsmessige verdier.<sup>144</sup> Dette kan ha sammenheng med en uttalelse i forarbeidene til petroleumsskatteloven i forbindelse med en endring knyttet til bestemmelsen om skattemessige krav til utvinningsselskaperes egenkapital. Det ble antatt at det av ligningsadministrative hensyn var enklest å ta utgangspunkt i årsoppgjøret, fremfor å følge kontantstrømmen gjennom året.<sup>145</sup> Det vil være arbeidskrevende for ligningsmyndighetene å foreta en individuell vurdering av debtors balanseposter. Når det i tillegg skal foretas en sammenligning med andre selskaper, er det nødvendig å bygge på samme verdier.

---

<sup>142</sup> Kinserdal (2010) s 252.

<sup>143</sup> Utv 1997/816 Freia.

<sup>144</sup> Se Utv 2004/685 Scribona, Utv 1997/816 Freia, Utv 1999/849 Dyno, Utv 1999/1291 Elkem.

<sup>145</sup> Ot.prp.nr. 12 (1994-1995) s 10.

Sammenligningssubjektenes tall vil normalt være basert på regnskapsmessige verdier, og derfor kan det være mest hensiktsmessig også å bygge på debitors regnskapsmessige verdier.<sup>146</sup>

I forhold til armlengdeprinsippet vurderer man hvordan en uavhengig långiver ville ha vurdert situasjonen. Det kan stilles spørsmål ved om ikke uavhengige långivere vil se hen til virkelige verdier i sine lånekapasitetsvurderinger. Dersom kreditor må realisere debitors verdier ved mislighold er det den virkelige markedsmessige verdien som er avgjørende. Ut i fra dagens praksis er det imidlertid den regnskapsmessige verdien som legges til grunn for en lånekapasitetsvurdering.

### 6.5.3 Hvilke balanseposter skal regnes med?

En uavhengig långiver vil basere sin lånekapasitetsvurdering på balanseposter som utgjør reelle verdier, og legge liten eller ingen vekt på poster med usikker verdi. Spørsmålet er derfor hvilke balanseposter som skal vektlegges i en lånekapasitetsvurdering.

Utgangspunktet i Klagenemndas retningslinjer er at det kun er balanseposter som utgjør en reell verdi for debitor som skal vektlegges.<sup>147</sup> Som følge av at det er inntatt i retningslinjene, har dette blitt lagt til grunn i alle saker hvor retningslinjene har blitt brukt. Vurderingen som foretas er lik i saker hvor selskapene er underlagt petroleumsskatteloven og for selskaper som ikke er underlagt denne. Mye taler for at dette også er utgangspunktet i saker hvor debitor ikke er underlagt petroleumsskatteloven.

Visse former for aktiverte kostnader, som ikke er pådratt for å erverve varige formuesgoder, kan det være grunn til å vurdere nærmere. Det samme gjelder lite likvide

---

<sup>146</sup> Skaar (2006) s 530.

<sup>147</sup> 19861110-A pkt 4.3.3. (7).

eiendeler og eiendeler som er vanskelig å selge, som for eksempel spesialtilpassede maskiner. Disse har ofte liten verdi for andre enn debitor.<sup>148</sup>

I Scribona-dommen anførte selskapet at en uavhengig bank ville vektlagt selskapets goodwill og merverdier.<sup>149</sup> Spørsmålet var om dette skulle tas i betraktning, og kunne bidra til å øke selskapets lånekapasitet. Goodwill er den positive differansen mellom kjøpesum og virkelig verdi for identifiserbare eiendeler. Ved kjøp av virksomhet er det kjøpesum minus gjelden som utgjør goodwill.<sup>150</sup> Det er en immateriell eiendel, som er ikke-identifiserbar og representerer merverdien ut over konkrete eiendeler og gjeld. Goodwill kan for eksempel være innarbeidet marked for salg av produkter. Som følge av goodwillens egenskaper kan det noen ganger være vanskelig å fastslå hvor stor goodwillen er.<sup>151</sup> En beregning vil bygge på subjektive vurderinger, og det kan være flere usikkerhetsmomenter knyttet til en slik vurdering.

I Scribona-saken fant retten det ikke godtgjort at det forelå goodwill i selskapet, og det var tvilsomt om det forelå merverdier av betydning som ville hatt innvirkning på forholdet. Det ble uttalt at disse verdiene ville vært av beskjedne størrelse i forhold til selskapets egenkapitalsforhold og gjeldssituasjon, slik at det neppe ville vært tale om ytterligere opplåning på bakgrunn av slike verdier. For de aller fleste selskaper vil eventuell merverdi og goodwill utgjøre små verdier i forhold til øvrig kapital, og det kan være vanskelig å fastslå goodwillens størrelse. Det er derfor grunn til å anta at det må foreligge spesielle omstendigheter for at slike verdier skal bli tatt i betraktning i forbindelse med en lånekapasitetsvurdering.

---

<sup>148</sup> Skaar (2006) s 529-530.

<sup>149</sup> Utv 2004/685 Scribona.

<sup>150</sup> Kinserdal (2010) s 234.

<sup>151</sup> Kinserdal (2010) s 91.

#### 6.5.4 Egenkapitalkravet uttrykt som egenkapitalprosent

En måte å vurdere om debtors egenkapital er i samsvar med armlengdestandarden er å beregne selskapets egenkapitalprosent. På den måten kan ligningsmyndighetene finne ut hvor stor egenkapital selskapet må ha, dermed også hvor stor lånekapital selskapet kan ha. Når egenkapitalprosenten beregnes, divideres selskapets egenkapital på selskapets samlede kapital.<sup>152</sup> Etterpå sammenlignes egenkapitalprosenten med andre selskapers egenkapitalprosent.<sup>153</sup> Hvilke selskaper det er aktuelt å sammenligne med avgjøres ut fra en sammenlignbarhetsanalyse, se kapittel 6.6.

Egenkapitalprosenten til selskapene i referansegruppen anses for å gi uttrykk for et armlengdeintervall av egenkapitalprosenter. Debtors egenkapitalprosent aksepteres dersom den ligger innenfor, eller er høyere, enn intervallet.<sup>154</sup> Egenkapitalprosent i nedre sjiktet vil dermed også aksepteres.

Fordi en sammenligning av egenkapitalprosenten i liten grad legger opp til en individuell vurdering av selskapet, kan denne beregningen kun inngå som en del av lånekapasitetsvurderingen. I Nycomed-dommen,<sup>155</sup> hvor spørsmålet var om morselskapet skulle lignes for beregnede renteinntekter på lån til utenlandsk datterselskap, knyttet lagmannsretten noen kommentarer til bruken av egenkapitalprosent. Det kunne stilles spørsmål ved om en slik tilnærmingstype for å fastsette størrelsen på et tenkt eksterntlån var egnet. En beregning av egenkapitalprosent var kun ett element i en kredittvurdering. En lånekapasitetsvurdering var en sammensatt og komplisert vurdering, hvor det var vanskelig å avgi et konkret skjønn. Beregninger av egenkapitalprosent måtte derfor godtas.

Nycomed-dommen gir her anvisning på at beregning av egenkapitalprosent kan brukes som et ledd i vurderingen av selskapets lånekapasitet. Bergning av egenkapitalprosent er en

---

<sup>152</sup> Kinserdal (2010) s 215.

<sup>153</sup> Skaar (2006) s 530.

<sup>154</sup> Skaar (2006) s 531.

<sup>155</sup> Utv 1999/540 Nycomed, s 547.

forholdsvis enkel prosess, slik at den kan anvendes for å få en indikasjon på om selskapet er tynt kapitalisert.

I Klagenemndas retningslinjer ble det lagt til grunn et krav om 20 % egenkapital i utbyggingsfasen.<sup>156</sup> Her var altså egenkapitalprosenten avgjørende for om selskapet var tynt kapitalisert. Dette forholdstallet ble lovfestet i petroleumsskatteloven,<sup>157</sup> men er senere opphevet.<sup>158</sup> Det har blitt hevdet av dette 20 % kravet utgjør en form for ”tommelfingerregel”, en uformell ”safe harbour”, også for selskaper som ikke er underlagt petroleumsskatteloven.<sup>159</sup> Jeg vil ikke gå videre inn på hvorvidt det foreligger en slik ”tommelfingerregel” i norsk rett.

#### 6.5.5 Fremtidige inntektsmuligheter

En høy fremtidig inntektsevne vil gi bedre evne til å betjene renter og avdrag på lån, enn svakere fremtidsutsikter. Dette kan igjen medføre at långiver vil gi høyere lån. Hvis fremtidig inntektsevne er svak, vil det holdes størst fokus på eksisterende egenkapital ved en lånekapasitetsvurdering.<sup>160</sup>

I Klagenemndas retningslinjer ble det lagt til grunn at forventningene om fremtidig inntekt kunne danne grunnlag for en betydelig grad av lånefinansiering. Hvor stor grad av lånefinansiering selskapet kunne få, ville avhenge av antatt avkastning og risiko knyttet til utbygging. Det var knyttet såpass stor risiko til utbygging på sokkelen at selskapene ikke kunne lånefinansieres fullt ut. Klagenemnda oppstilte et krav om 20 % egenkapital frem til

---

<sup>156</sup> 19861110-A, pkt 4.3.2 (3) og (4).

<sup>157</sup> Lov av 23. desember 1994 nr 74, § 3 h i petroleumsskatteloven.

<sup>158</sup> Lov av 15. desember 2006 nr 75, med virkning fra 1. januar 2007.

<sup>159</sup> Andresen (2010) s 58, Hinny (2008) s 544.

<sup>160</sup> Skaar (2006) s 533.



selskapet kom i inntektsposisjon.<sup>161</sup> Klagenemnda la her vekt på den fremtidige inntektsevnen som antas å foreligge ved utbygging.

Debitor må selv sannsynliggjøre sin fremtidige inntektsevne. Ettersom fremtidige økonomiske forhold for selskapet ikke er klare på lånetidspunktet, må dette estimeres. Budsjettall, tidligere resultater, risiko, fremtidsutsikter, utviklingstrinn og eventuelle sterke varemerker er informasjon som kan virke inn ved vurderingen av fremtidig inntektsevne.<sup>162</sup>

Vurderingen av fremtidige inntektsmuligheter vil ofte være basert på fremtidig kontantstrøm, fremfor forventet resultat. Det skyldes at kontantstrømmen sier noe om hvor mye betalingsmidler selskapet har til å betale avdrag og renter med, i den perioden kontantstrømberegningen gjelder for.<sup>163</sup> I en utlånssituasjon er det sentralt for långiver at den forventede kontantstrømmen er høy nok til at selskapet får betjent renter og avdrag på lånet i tillegg til øvrige kostnader. En uavhengig långiver vil derfor stille krav til debitors rentedekningsgrad.<sup>164</sup> Rentedekningsgraden sier noe om hvordan bedriften evner å betale sine rentekostnader. Jo høyere rentedekningsgrad, desto bedre anledning har bedriften til å øke gjelden.<sup>165</sup> Rentedekningsgraden vil kunne være relevant i en lånekapasitetsvurdering, men på lik linje med egenkapitalprosenten, er den ikke avgjørende.

## 6.6 Sammenlignbarhetsanalysen

### 6.6.1 Innledning

Formålet med en sammenlignbarhetsanalyse er ved tynn kapitalisering å identifisere sammenlignbare selskaper. Når noe er sammenlignbart betyr det at det ikke foreligger forskjeller som kan påvirke resultatet, eventuelt at det kan foretas justeringer som

---

<sup>161</sup> 19861110-A, 4.3.2.

<sup>162</sup> Skaar (2006) s 535.

<sup>163</sup> Hoff (2007) s 310.

<sup>164</sup> Skaar (2006) s 534.

<sup>165</sup> Hoff (2007) s 275.

eliminerer effekten av forskjellene. Sjelden vil det finnes identiske selskaper som kan fungere som sammenligningssubjekter, derfor anvendes sammenlignbarhetsanalyser for å avgjøre hvilke justeringer som må gjøres.<sup>166</sup>

Når en sammenlignbarhetsanalyse utføres tar en først stilling til hvilket eller hvilke år analysen skal dekke, og foretar en grundig analyse av forhold som påvirket lånekapasiteten hos skattyter. Deretter må ligningsmyndighetene finne sammenligningssubjekter og foreta eventuelle justeringer for å bedre sammenlignbarheten. Til slutt tas det stilling til om skattyters kapitalstruktur er armlengdes.<sup>167</sup>

Jeg vil nå gå inn på de fem faktorene OECD har oppstilt i retningslinjene som avgjør sammenlignbarheten.

#### 6.6.2 Eiendelers og tjenesters karakteristika

Forskjeller i eiendelers og tjenesters spesifikke egenskaper kan forklare forskjeller i verdien på det åpne marked.<sup>168</sup> Ved materielle eiendeler sammenlignes deres fysiske egenskaper. For immaterielle formuesgoder sammenlignes transaksjonstype, for eksempel lisens eller salg, eller type formuesgode som patent eller varemerke. Ved tynn kapitalisering er det lån som er aktuelt, og en sammenligning av egenskaper eller kvalitet av lånet er ikke mulig å foreta. Vilåårene lånet er inngått på er derimot relevant, dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.6.4.

#### 6.6.3 Funksjonsanalyse

En funksjonsanalyse identifiserer og sammenligner de ulike aktiviteter og forpliktelser av økonomisk betydning som partene i transaksjonen har tatt på seg.<sup>169</sup> Transaksjoner og

---

<sup>166</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.33.

<sup>167</sup> OECD Guidelines avsnitt 3.4. For utfyllende informasjon om sammenlignbarhetsanalyser, se OECD Guidelines kapittel 3.

<sup>168</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.39.

<sup>169</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.42.

selskaper er ikke sammenlignbare dersom det er store forskjeller i risikoen som tas. Ved en sammenlignbarhetsanalyse er det relevant å plukke ut selskaper som tar omtrent samme risiko som skattyter. Rente er ofte et utslag av risiko, og kan si noe om hvilken risiko som tas.

Hvor stor risiko som tas varierer også fra selskap til selskap. Her vil selskapets forretningsstrategi spille inn. Selskaper forretningsstrategi kommer jeg tilbake til i punkt 6.6.6.

#### 6.6.4 Kontraktsvilkår

Med tanke på en sammenligning av lån står sammenligningen av kontraktsvilkårene sentralt. Viktige punkter i en låneavtale er rente og løpetid, men også andre vilkår kan være relevante. Noen spesielle typer lån oppstiller vilkår som kan medføre ulemper for låntaker.

Hvorvidt det betales høy rente er i utgangspunktet ikke avgjørende for om selskapet er tynt kapitalisert, men det kan si noe om hvilken risiko selskapet tar. Det skyldes at det er kapitalstrukturen som er avgjørende for om selskapet er tynt kapitalisert, ikke hvilken rentesats som er valgt. Høy rente indikerer høy risiko, på samme måte som lav rente indikerer lavere risiko.

Ved sammenligning av kontraktsvilkår kan det være relevant til å se hen til tilleggsomkostninger ved låneopptak. I Conoco-saken, var spørsmålet om selskapet hadde betalt for høy rente på et internlån. Conoco stilte spørsmål ved betydningen av tilleggskostnader ved låneopptak. Lagmannsretten var enig i at slike omkostninger var relevant når ulike låneforhold skulle sammenlignes, men kom til at omkostningene ikke var så store at det kunne være avgjørende for spørsmålet om skjønnslingning.<sup>170</sup> Omkostninger ved låneopptak vil vel sjelden være av så stort omfang at de tillegges avgjørende betydning ved vurderingen av sammenligningssubjekt.

---

<sup>170</sup> Eidsivating lagmannsretts dom av 28. september 1992, Conoco.

Ulike typer lån kan ha forskjellige vilkår. Dette var et tema i Amoco-saken, hvor sakens problemstilling var hvilken kapitalstruktur selskapet ville hatt uavhengig av interessefellesskapet. Skattyter anførte at det ikke var anledning til skjønnslingning fordi Amoco kunne ha oppnådd lån på det frie markedet gjennom et prosjektlån. Et prosjektlån er et lån som ytes selskapet på bakgrunn av selskapets forventede kontantstrøm.<sup>171</sup> Uttalelser innhentet fra ulike banker viste at det ofte var ulemper knyttet til prosjektlån, som begrensning av utbytte og annen disponering av inntekter, utøvelse av stemmerett, restriksjoner for å oppta andre lån, og lignende. En av bankene bekreftet at prosjektlån ofte er dyrere og mindre fleksible enn vanlige lån.<sup>172</sup> Spørsmålet for retten var om Amoco kunne oppnådd alternativ finansiering. Retten uttalte at et prosjektlån og et vanlig lån var ”to forskjellige finansieringsformer som ikke kan sidestilles i relasjon til det sammenligningskriterium som oppstilles i sktl § 54”.<sup>173</sup> Prosjektlån og vanlige lån kan derfor ikke sammenlignes.

#### 6.6.5 Andre økonomiske omstendigheter

For å oppnå sammenlignbarhet er det nødvendig at selskapene som skal sammenlignes opererer i samme marked, eventuelt sammenlignbare markeder.<sup>174</sup> Ved å se på bransjetilknytning kan ligningsmyndighetene finne selskaper som opererer i samme marked.

I Scribona-saken, hvor spørsmålet var om selskapet var tynt kapitalisert, hadde ligningsmyndighetene hentet sammenligningsmaterialet fra selskaper som ble lignet i samme bransjeklasse som Scribona. Det ble lagt vekt på at Scribona ”vedvarende oppviste

---

<sup>171</sup> Utv 1989/304 Amoco, s 315.

<sup>172</sup> 1986110-A, Oljeskattnemndas avgjørelse i klagesaken vedrørende Amoco.

<sup>173</sup> Utv 1989/304 Amoco, s 316.

<sup>174</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.55.

vesentlig svakere egenkapital enn brorparten av de bedrifter det er funnet naturlig å sammenligne med”.<sup>175</sup>

For å vurdere om et marked er sammenlignbart kan det være relevant å se hen til geografisk plassering, størrelse og konkurranse på markedet selskapet opererer i. Dersom det finnes selskaper som operer i nærområdet, kan dette være mer relevant enn om de ligger langt unna. Selskapers ulike sykluser kan også være av interesse.<sup>176</sup>

#### 6.6.6 Forretningsstrategier

Forretningsstrategier kan si noe om hvorfor selskapet har tatt ulike valg. Forretningsstrategiene kan vise flere sider ved et foretak, for eksempel innovasjon og utvikling, vurdering av politiske endringer, risikoaversjon og andre faktorer som er av betydning for den daglige driften av foretaket.<sup>177</sup>

I OECDs retningslinjer er det forretningsstrategier ved valg av pris på eiendel/tjeneste som står sentralt. For eksempel kan det være snakk om å senke prisen på en vare i et tidsrom som del av en strategi for å komme seg inn på et bestemt marked.<sup>178</sup> Ved tynn kapitalisering er det forretningsstrategier i forhold til låneopptak som er interessant. Enkelte selskaper kan ha som mål å ha minst mulig gjeld, mens andre ønsker å utnytte lånekapasiteten maksimalt. Her må ligningsmyndighetene finne sammenligningssubjekter med forretningsstrategi som ligger tettest opptil skattyter.

Temaet forretningsmessige og strategiske vurderinger ble tatt opp i Scribona-dommen.<sup>179</sup> Selskapet la imidlertid ikke frem bevis som gav opplysninger om strategien, det ble opp til

---

<sup>175</sup> Utv 2002/1537 Scribona, tingrettens avgjørelse.

<sup>176</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.56.

<sup>177</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.59.

<sup>178</sup> OECD Guidelines avsnitt 1.60.

<sup>179</sup> Utv 2004/685 Scribona.

lagmannsretten å vurdere hva som lå bak. Det kunne derfor ikke legges særlig vekt på den forretningsmessige strategien.

Selskapene må selv legge frem bevis for sin forretningsstrategi for å forklare ulike valg de har tatt. Det er vanskelig å innhente andre selskapers forretningsstrategi, og dette kan medføre at det tillegges mindre vekt ved valg av sammenligningssubjekter. Muligens kan det tillegges vekt for å forklare eventuelle avvik skattyter har i forhold til sammenligningssubjektene.

## 6.7 Sammenfatning

Som vi har sett er en lånekapasitetsvurdering en omfattende prosess hvor en sammenligner selskaper for å finne ut hvor stor lånekapasitet selskapet har. Flere av faktorene er også usikre og vurderingsmomentene kan variere fra gang til gang.

## 7 Diskriminerings- og restriksjonsforbud

### 7.1 Innledning

Norge har forpliktet seg til å følge EØS-reglene og skatteavtalene. Det medfører at det kan oppstå spørsmål om sktl § 13-1 utgjør et diskriminerings- eller restriksjonsforbud. Jeg vil i det følgende gå inn på om § 13-1 anvendt på tynt kapitaliserte selskaper kan tenkes å være i strid med OECDs Mønsteravtale eller EØS-avtalen.

### 7.2 OECD

Artikkel 24 i OECDs Mønsteravtale er en ikke-diskrimineringsbestemmelse. I motsetning til EØS-avtalens regler rammer art 24 kun direkte diskriminering, ikke indirekte diskriminering.<sup>180</sup> Direkte diskriminering foreligger når ordlyden rent faktisk forskjellsbehandler partene, mens indirekte forskjellsbehandling foreligger når regelens ordlyd ikke direkte forskjellsbehandler, men rent faktisk virker ugunstigere for en av partene.<sup>181</sup>

Spørsmålet er om ikke-diskrimineringsbestemmelsen i Mønsteravtalen hindrer anvendelse av de norske reglene vedrørende tynn kapitalisering. Det er to områder som kan tenkes å være problematiske. For det første anvendes de norske reglene hovedsakelig i grenseoverskridende situasjoner. Det skyldes at tynn kapitalisering innenlands sjelden medfører et provenytab, fordi rentefradrag hos debitor oppveies av renteinntekt hos kreditor. Dette gjelder med unntak for situasjoner der et av selskapene er underlagt petroleumsskatteloven, der det høye skattenivået kan medføre provenytab også i innenlandske situasjoner. Ordlyden i den norske bestemmelsen likestiller innenlandske og

---

<sup>180</sup> OECD komm. art 24, avsnitt 1.

<sup>181</sup> Sejersted (2005) s 267.

grenseoverskridende situasjoner, men ligningsmyndighetene anvender sktl § 13-1 hovedsakelig i grenseoverskridende situasjoner. Det andre området som kan være problematisk, er knyttet til bevisbyrderegelen i § 13-1 (2), som kommer til anvendelse avhengig av hvor kreditor er hjemmehørende.

Jeg vil først behandle spørsmålet om § 13-1 er i strid med Mønsteravtalens artikkel 24 (4), fordi § 13-1 hovedsakelig anvendes i grenseoverskridende situasjoner.

Artikkel 24 (4) omhandler diskriminerende regler om fradragsrett. I art 24 (4) 1. pkt står det at renteutgifter betalt til utenlandsk mottaker, skal være fradragsberettiget på samme vilkår som om de ble betalt til mottaker i førstnevnte bedrifts hjemland. Dette tyder på at lån dermed ikke kan omklassifiseres til egenkapital, fordi rentene da ikke er fradragsberettiget.

I art 24 (4) 1. pkt er det imidlertid tatt inn et unntak i forhold til hvordan renter betalt mellom parter i forskjellige land skal behandles. I tilfeller som omfattes av interessefelleskapsbestemmelsen i art 9 (1) gjelder ikke hovedregelen i art 24 (4) 1. pkt. I kommentaren står det at nasjonale tynn kapitaliseringsregler kan anvendes, så lenge de er kompatible med bestemmelsene nevnt i Mønsteravtalen, herunder art 9.<sup>182</sup> Den norske regelen om tynn kapitalisering anvendes i det vesentlige i samsvar med Mønsteravtalens armlengdestandard i art 9, slik at § 13-1 kan anvendes ved skjønnsligning av tynt kapitaliserte selskaper.<sup>183</sup>

Det neste spørsmålet er om art 24 (5) hindrer anvendelse av § 13-1 på tynt kapitaliserte selskaper. Bestemmelsens 5. ledd får anvendelse der forskjellsbehandlingen er avhengig av *hvordan* kapitalen kontrolleres, ikke *hvem* som kontrollerer den. Regelen fokuserer på om kreditor eier eller kontrollerer, helt eller delvis, direkte eller indirekte, selskapets kapital. Bestemmelsens formål er å sikre lik behandling av skattytere i samme stat, ikke å sikre at

---

<sup>182</sup> OECD komm. art 24 avsnitt 74.

<sup>183</sup> Skaar (2006) s 489.



utenlandsk kapital fra nærstående får samme behandling som den behandlingen kapitalen fra uavhengige får.<sup>184</sup>

Den norske regelen retter seg ikke mot hvordan kapitalen kontrolleres, men hvem som kontrollerer kapitalen. Ordlyden i § 13-1 (1) tilsier ikke forskjellsbehandling ut i fra hvem som eier eller kontrollerer selskapets kapital. Bestemmelsen er derfor ikke i strid med art 24 (5).

I forhold til spørsmålet om omvendt bevisbyrde eller ytterligere informasjonskrav er tillatt, står det i kommentaren<sup>185</sup> at et flertall av OECDs medlemsland ikke mener at slike regler medfører brudd på bestemmelsen i tilfeller hvor en av partene er utenlandske. Den norske bevisbyrdebestemmelsen kan derfor ikke sies å medføre en forskjellsbehandling som er diskriminerende etter Mønsteravtalens art 24 (5).

Diskrimineringsforbudet i art 24 er ikke til hinder for anvendelse av § 13-1 på tilfeller av tynn kapitalisering.

## 7.3 EØS-avtalen

### 7.3.1 Innledning

EF-domstolen<sup>186</sup> har avsagt to dommer vedrørende forholdet mellom tynn kapitaliseringsregler og etableringsfriheten i art 43 EF.<sup>187</sup> Avgjørelsene i Lankhorst-Hohorst og Thin Cap danner grunnlaget for å vurdere om Norges regler er i overensstemmelse med etableringsfriheten i EU.<sup>188</sup> Jeg vil først redegjøre for de to

---

<sup>184</sup> OECD komm. art 24 avsnitt 76.

<sup>185</sup> OECD komm. art 24 avsnitt 74.

<sup>186</sup> Domstolen heter nå EU-domstolen, men er i dommene omtalt som EF-domstolen. Jeg vil derfor i det videre anvende EF-domstolen.

<sup>187</sup> Tidligere EF art 43, videreført i TEF (2010) art 49. Tilsvarende EØS art 31.

<sup>188</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst og Sag C-524/04 Thin Cap.

dommene, før jeg vurderer om sktl § 13-1 utgjør en restriksjon, og om en eventuell restriksjon kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn.

### 7.3.2 Lankhorst-Hohorst dommen

I denne avgjørelsen tok EF-domstolen stilling til om tyske skatteregler var i strid med art 43 EF vedrørende etableringsretten i EU.<sup>189</sup> Lankhorst-Hohorst GmbH (Lankhorst-Hohorst) var et tysk selskap som hadde tatt opp et stort lån av sitt mormorselskap, som var hjemmehørende i Nederland. Med lånet fulgte en erklæring hvor mormorselskapet gav avkall på tilbakebetaling dersom utenforstående kreditorer gjorde krav gjeldende mot Lankhorst-Hohorst. Lånet medførte at Lankhorst-Hohorst kunne nedbetale mye gjeld til uavhengige kreditorer og selskapets rentebyrde ble dermed redusert.

Regelen i den tyske selskapsskatteloven som tok sikte på å motvirke tynn kapitalisering, åpnet for å omklassifisere lån fra selskaper uten rett til ”skattegodtgjørelse” til egenkapital hos selskaper med ubegrenset skatteplikt.<sup>190</sup> Selskaper uten rett til skattegodtgjørelse omfattet kun to kategorier av selskapsdeltakere, ikke-hjemmehørende selskapsdeltakere og tyske juridiske personer fritatt for selskapsskatteplikt.<sup>191</sup> Regelen rammet hovedsakelig utenlandske långivere.

Den tyske selskapsskatteloven oppstilte et forholdstall, 3:1, mellom gjeld og egenkapital. Dersom fremmedkapitalen på et tidspunkt i inntektsåret oversteg dette, kunne omklassifisering foretas. Videre forutsatte omklassifiseringen at selskapsdeltakeren eide en ”betydelig del” av aksjekapitalen, hvor mye som krevdes var ikke angitt. Skattyter kunne unngå omklassifiseringen dersom selskapet kunne ha oppnådd tilsvarende fremmedkapital

---

<sup>189</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst.

<sup>190</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst, premiss 3.

<sup>191</sup> Bullen (2005) s 177.

fra utenforstående, eller det var snakk om låneopptak til finansiering av vanlige bankforretninger.<sup>192</sup>

Fordi kreditor ikke hadde rett til skattegodtgjørelse kom regelen til anvendelse, og rentene ble betraktet som maskert utbytte. Spørsmålet i saken var om den tyske regelen var i strid med regelen om fri etableringsrett innenfor EU, fordi regelen behandlet datterselskap av tyske morselskap og datterselskap av utenlandske morselskap forskjellig.

EU-domstolen kom til at det forelå en restriksjon i forhold til den frie etableringsretten, fordi datterselskapet som var låntaker ble behandlet forskjellig ut i fra om morselskapet var hjemmehørende i Tyskland eller i utlandet. Deretter vurderte domstolen om den nasjonale regelen hadde et lovlig formål som var forenlig med traktaten, og som var begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Regelen måtte være egnet til å sikre formålet og måtte ikke gå utover det som var nødvendig for å oppnå dette formålet.<sup>193</sup>

Tyske myndigheter anførte at bestemmelsen var nødvendig for å sikre sammenhengen i beskatningsordningen i Tyskland. Tyskland mente at bestemmelsen var i overensstemmelse med Mønsteravtalen art 9, mens generaladvokaten ikke var enig i dette.<sup>194</sup> Retten diskuterte ikke om bestemmelsen var i overenskomst med art 9. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvilken vekt domstolen la på dette argumentet.<sup>195</sup>

Det synes som de tyske myndigheter mente at ettersom regelen bygde på armlengdeprinsippet som er en del av OECD systemet, så var bestemmelsen del av en sammenheng som måtte opprettholdes. Dette ble avvist som følge av at det ikke forelå en ”direkte forbindelse” mellom den ufordelaktige skattleggingen av datterselskap med

---

<sup>192</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst, premiss 3 og 4.

<sup>193</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst, premiss 33.

<sup>194</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-324/00, avsnitt 81.

<sup>195</sup> Hilling (2005) s 200.

utenlandske morselskap, og en regel som kunne oppveie dette. De tyske myndighetene påberopte seg ingen fordel som kunne veie opp ulempen.<sup>196</sup>

Tyske myndigheter anførte videre at bestemmelsen hadde til formål å bekjempe skatteunndragelse ved å hindre tynn kapitalisering. Retten kom til at regelen ikke bare utelukket rene omgåelseskonstruksjoner, men rammet alle morselskap som ikke var hjemmehørende i Tyskland. Domstolen la liten vekt på vurderingen av hvorvidt forholdstallet oppstilt mellom gjeld og egenkapital i seg selv utgjorde en hindring. Det samme gjaldt begrensningen som gjorde at selskapene kunne unngå omklassifisering. Det skyldtes at bestemmelsen uansett ikke oppveide den økte risikoen for dobbeltbeskatning, ettersom de involverte statene ikke hadde samordnet sin beskatning. Tyske myndigheter hadde heller ikke greid å bevise at det forelå misbruk av skattereglene i denne saken.

Domstolen avviste ikke behovet for, eller bruken av regler som skal motvirke tynn kapitalisering. Det avgjørende var at den tyske regelen beskattet tyske og utenlandske morselskap forskjellig. Det forelå derfor en restriksjon i etableringsfriheten, som ikke kunne rettferdiggjøres ut fra tvingende allmenne hensyn.<sup>197</sup>

### 7.3.3 Thin Cap-dommen

I avgjørelsen om Thin Cap<sup>198</sup> analyserte EF-domstolen forholdet mellom de britiske reglene vedrørende tynn kapitalisering, og art 43 EF<sup>199</sup> vedrørende etableringsfriheten. Spørsmålet var om art 43 EF var til hinder for opprettholdelse og anvendelse av de nasjonale reglene som rettet seg mot tynn kapitalisering.

---

<sup>196</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst, premiss 42.

<sup>197</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst, premiss 45.

<sup>198</sup> Sag C-524/04 Thin Cap.

<sup>199</sup> Nå TEF art 49.

Spørsmålet som ble stilt, var om art 43 EF hindret lovgivning som begrenset retten til skattefradrag for renter på lån ytt av utenlandsk morselskap til hjemmehørende datterselskap, når et hjemmehørende selskap ikke ville vært underlagt slike begrensninger i samme situasjon. Videre ble det spurt om det var av betydning for avgjørelsen av det første spørsmålet, om låneopptaket utgjorde et misbruk av rettigheter, eller inngikk i et kunstig arrangement, hvor formålet var å omgå medlemsstatens lovgiving.<sup>200</sup>

Retten konkluderte med at de britiske reglene innebar vesentlige begrensninger for lån ytt av et utenlandsk morselskap, og at det derfor forelå en hindring av etableringsfriheten. Retten foretok så en vurdering av begrunnelsen for å finne ut om hindringen kunne rettferdiggjøres ut fra tvingende allmenne hensyn.

Myndighetene anførte at regelen var nødvendig for å sikre sammenhengen i det nasjonale skattesystemet. Dette argumentet ble avvist i Lankhorst-Hohorst fordi retten ikke så at det forelå en direkte sammenheng mellom den skattemessige ulempen og utligningen av denne ulempen ved samme skatteoppkreving. I Thin Cap godtgjorde ikke Storbritannia, og de andre statene som kom med innlegg,<sup>201</sup> at enhver forhøyelse av debitors overskudd, ble nøytralisert ved innrømmelse av en skattemessig fordel i mottakers hjemland. Økningen ble ikke fanget opp i alle de britiske skatteavtalene. Dette hensynet kunne derfor ikke anses å være tilstrekkelig for å begrunne hindringen i etableringsfriheten.<sup>202</sup>

Myndighetene anførte videre at hensynet til å forhindre misbruk av skattereglene var et tvingende allment hensyn som kunne begrunne hindringen. Dette hensynet ble også anført i Lankhorst-Hohorst. Her nådde hensynet ikke frem, fordi reglene ikke kun tok sikte på å utelukke rene omgåelsessituasjoner, men rammet alle datterselskap med utenlandsk morselskap. Domstolen kommenterte at tynn kapitaliseringsregler ikke kan bygge på en formodning om regelmisbruk bare fordi kreditor er utenlandsk. For at en hindring kunne

---

<sup>200</sup> C-524/04 Thin Cap premiss nr 23-24.

<sup>201</sup> Tyskland og Nederland.

<sup>202</sup> C-524/04 Thin Cap premiss nr 69.

være begrunnet i dette hensynet, måtte formålet med regelen kun være å forhindre opprettelsen av kunstige arrangementer som ikke bygger på noen økonomisk realitet, med henblikk på å unngå den normalt skyldige skatt på overskudd som opptjenes i staten.<sup>203</sup> Fordi reglene ble ansett for å kunne forhindre omgåelse av skatt ved tynn kapitalisering, ble hensynet til å forhindre misbruk godtatt av domstolen.

Domstolen undersøkte deretter om formålet med å forhindre skatteunndragelse gikk ut over det som var nødvendig for å nå formålet om å forhindre misbruk.

Regelen går ut over det som er nødvendig dersom lovgivningen kun tar sikte på å ramme situasjoner hvor morselskapet befinner seg i et annet land enn datterselskapet.

Lovgivning som bygger på en undersøkelse av etterprøvbare, objektive omstendigheter går ikke utover det som er nødvendig for å forhindre misbruk. Vurderingsprosessen må foregå uten at skattyter pålegges unødige administrative byrder, og har adgang til å fremlegge bevis vedrørende begrunnelsen for transaksjonen. Dersom rentebeløp omklassifiseres til utbytte for lån som er forenlig med det utenforstående ville ha avtalt, er vilkåret ikke i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.<sup>204</sup>

Domstolen uttalte, på bakgrunn av en innsigelse fra Kommisjonen, at staten som foretok omklassifiseringen, ikke var ansvarlig for å sikre at beløpet ikke ble dobbeltbeskattet i tilfeller der det var konstatert at det forelå et rent kunstig arrangement.<sup>205</sup>

Domstolen overlot til den nasjonale domstolen å ta stilling til om de britiske reglene tilfredstilte de vilkårene EF-domstolen oppstilte. Domstolen kom til at artikkel EF 43 er til hinder for lovgivning som begrenser retten til fradrag, med mindre lovgivningen er basert på en undersøkelse av objektive omstendigheter for å avgjøre om det foreligger et rent kunstig arrangement. Denne undersøkelsen må avgjøre om arrangementet kun har et

---

<sup>203</sup> C-524/04 Thin Cap premiss nr 74.

<sup>204</sup> C-524/04 Thin Cap premiss nr 81-83.

<sup>205</sup> C-524/04 Thin Cap premiss nr 88-90

skattemessig formål. Vurderingen må kunne skje uten at skattyter underlegges unødige administrative byrder i forbindelse med fremlegging av bevis. Det må videre være et krav om at lovgivningen kun behandler renter som utbytte dersom renten overstiger det som ville vært avtalt mellom uavhengige parter.<sup>206</sup>

#### 7.3.4 Utgjør de norske reglene en hindring i forhold til etableringsfriheten?

EF-domstolen kom til at det forelå hindringer både i Thin Cap og i Lankhorst-Hohorst. Spørsmålet er om sktl § 13-1 utgjør en hindring i forhold til etableringsfriheten oppstilt i artikkel 43 EF, tilsvarende artikkel 31 i EØS-avtalen.

I Lankhorst-Hohorst ble det konstatert hindring av etableringsfriheten fordi reglene kun tok sikte på å ramme utenlandske morselskap. Ordlyden tilsa ingen forskjellsbehandling, men ettersom utenlandske selskap ikke gav grunnlag for rett til skattegodtgjørelse, var det i realiteten kun utenlandske selskap som ble rammet av regelen. Også i Thin Cap ble det konstatert hindring, fordi utenlandske morselskap hadde en mindre fordelaktig stilling enn hjemmehørende morselskap.

Ordlyden i den norske bestemmelsen i § 13-1 (1) tilsier ingen forskjellsbehandling av utenlandske og norske selskaper. Ut i fra denne er de likestilt. Ligningsmyndighetene er imidlertid mest opptatt av de grenseoverskridende situasjonene, og det er disse det slås ned på. Det skyldes at det her det foreligger provenytab. Det kan se ut som de norske reglene i det vesentligste rammer grenseoverskridende situasjoner, og dermed forskjellsbehandler selskaper med utenlandsk morselskap i forhold til selskaper med norsk morselskap. Dersom det er slik at reglene i det vesentligste rammer utenlandske morselskap synes dette problematisk i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> C-524/04 Thin Cap premiss nr 92.

<sup>207</sup> Skaar (2006) s 491.

Selv om det foreligger en hindring kan det finnes tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre hindringen. To formål ble viet mest oppmerksomhet i de to sakene, sammenhengen i beskatningsordningen og misbruk av skatteregler. Disse formålene kan begrunne en hindring uavhengig av hverandre, og jeg vil vurdere i hvilken grad disse kan begrunne en hindring i pkt 7.3.5 og 7.3.6. Ett tredje formål, det at regelen kun medfører redusert skatteproveny i grenseoverskridende situasjoner, anses ikke for å være en relevant begrunnelse. Det skyldes at EF-domstolen la til grunn at det å beskytte skatteprovenyet ikke er et tvingende allment hensyn som kan begrunne hindring av en frihet.<sup>208</sup>

### 7.3.5 Hensynet til sammenhengen i beskatningsordningen

EF-domstolen har tidligere slått fast at hensynet til å opprettholde sammenhengen i beskatningsordningen er et hensyn som kan begrunne en restriksjon.<sup>209</sup> For at hensynet skal kunne begrunne en restriksjon må det foreligge en direkte forbindelse mellom en fordel som kan veie opp for ulempen ved å nekte skattyter fradrag. De tyske myndighetene påberopte seg ikke at skattyterne fikk en skattemessig fordel, og kunne dermed ikke begrunne en restriksjon.<sup>210</sup>

Dette hensynet ble påberopt igjen i Thin Cap. I avgjørelsen om Thin Cap ble Lankhorst-Hohorst brukt som eksempel, og det ble uttalt at i de innenlandske tilfellene ble den skattemessige ulempen, skatt på renteinntekter hos kreditor, oppveid med fradrag for renteutgifter hos debitor. I grenseoverskridende situasjoner var ikke fradrag for renteutgifter hos debitor sikret.<sup>211</sup> Heller ikke i Thin Cap var det sikret at enhver forhøyelse av det skattemessige overskuddet, ble nøytralisert i kreditors hjemland gjennom

---

<sup>208</sup> Sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst avsnitt 36.

<sup>209</sup> Sag C-204/90 Bachmann mod Belgia.

<sup>210</sup> Lankhorst-Hohorst avsnitt 42.

<sup>211</sup> Sag C-524/04 Thin Cap premiss 67.



skatteavtaler. Domstolen tok for øvrig ikke stilling til om art 9 (2) i Mønsteravtalen sikret dette. Hensynet kunne derfor ikke begrunne hindringen.<sup>212</sup>

Spørsmålet er om hensynet til å sikre sammenhengen i det norske skattesystemet kan begrunne en hindring i norske regler. I de innenlandske situasjonene foreligger det ikke risiko for dobbeltbeskatning, ettersom det omklassifiserte beløpet ikke forhåndsbeskattes. I forhold til grenseoverskridende situasjoner blir forholdet annerledes. I slike tilfeller er det ikke alltid opplagt at et beløp ikke dobbeltbeskattes. Spørsmålet blir derfor om vi i Norge har regler som sikrer at renteutgifter som behandles som utbytte ikke dobbeltbeskattes i grenseoverskridende situasjoner.

Hovedregelen er at det skal betales skatt på aksjeutbytte, jf. sktl §§ 10-1 jf § 5-20. Fra denne regelen er det gjort unntak, blant annet skal aksjeselskaper ikke betale skatt på aksjeutbytte. Det skyldes at man ønsker å unngå kjedebeskatning. Utenlandske selskaper etablert i EØS-området er unntatt fra skatt på aksjeutbytte etter sktl § 2-38 (1)-a. Selskaper som feilaktig har blitt trukket for kildeskatt, eller som har blitt trukket for mye i kildeskatt kan kreve dette tilbakebetalt.<sup>213</sup>

Det avgjørende er om ulempen ved å bli trukket feilaktig, eller for mye i kildeskatt på utbytte veies opp i tilstrekkelig grad, slik at det sikres at beløpet tilbakebetales. Det er grunn til å anta at de norske reglene vedrørende kildeskatt ikke er i overensstemmelse med det som følger av EU-retten. Jeg går ikke videre inn på forholdet mellom de norske reglene vedrørende kildeskatt og det som følger av EU-retten.

Hensynet til sammenhengen i rettssystemet kan derfor neppe brukes som et tvingende allment hensyn for å begrunne en eventuell hindring av etableringsfriheten.

---

<sup>212</sup> Sag C-524/04 Thin Cap premiss 69.

<sup>213</sup> Skatteetaten (2009) s 1254.

### 7.3.6 Hensynet til å forhindre misbruk av skattereglene

EF-domstolen tok i begge saker stilling til om en hindring i etableringsfriheten kunne begrunnes i hensynet til å forhindre misbruk av skattereglene. Kun i Thin Cap ble dette godkjent som et formål som kan begrunne en hindring. Spørsmålet er om de norske reglene kan anses begrunnet i dette hensynet.

De danske oversettelsene av dommene bruker begrepet ”skatteunndragelse” i begge saker. Lankhorst-Hohorst ble prosedert på tysk, og den tyske utgaven er derfor den autentiske versjonen. I den tyske utgaven av dommen brukes begrepet ”Steuerumgehung”. Dette begrepet oversettes til både ”tax avoidance”(omgåelse) og ”tax evasion” (skatteunndragelse) på engelsk. Det er ikke noe klart skille mellom disse begrepene i tysk rett.<sup>214</sup> I Thin Cap dommen som ble prosedert på engelsk ble begrepet ”tax avoidance” brukt. Det er sannsynlig at det samme hensynet ble lagt til grunn i begge saker og det kan derfor stilles spørsmål ved om den danske oversettelsen til ”skatteunndragelse” er presis nok. Jeg vil i det videre bruke formuleringen ”forhindre misbruk av reglene” og ”omgåelse”, ettersom tynn kapitalisering hovedsakelig ikke innebærer skatteunndragelse, men omgåelse av skattereglene.

De britiske reglene ble ansett for å kunne forhindre misbruk av reglene, mens de tyske i praksis rammet alle selskaper med utenlandsk morselskap. Begge regelsett bygde på armlengdeprinsippet. De tyske reglene medførte at hele beløpet ble omklassifisert, mens de britiske medførte at kun den delen av rentebetalingene som oversteg det uavhengige ville ha avtalt ble omklassifisert. De britiske reglene er på dette punkt i stor grad sammenfallende med de norske, fordi de norske reglene kun omklassifiserer den delen som overstiger den kapitalstrukturen uavhengige parter ville ha hatt. Hindringen ved de tyske reglene kunne derfor ikke begrunnes i hensynet til å forhindre misbruk av skattereglene, fordi de omklassifiserte hele beløpet.

For at hindringen skal kunne være begrunnet i hensynet til bekjempelse av misbruk, uttalte EF-domstolen i Thin Cap, at regelens formål måtte være å ”hindre adfærd, der består i at

---

<sup>214</sup> von Beseler (1991) s 1434.

oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på noen økonomisk realitet”.<sup>215</sup> Spørsmålet er om de norske reglene tar sikte på å ramme ”rent kunstige arrangementer”.

De britiske reglene tok sikte på å motvirke tynn kapitalisering. EF-domstolen uttalte at ved å behandle renter som utbytte kunne den britiske lovgivningen motvirke arrangementer som ikke har annet formål enn å unngå skatt. Den norske regelen tar sikte på å hindre omgåelse som skjer ved tynn kapitalisering.<sup>216</sup> Bestemmelsen skal ramme kapitalstrukturer som ikke er armlengdes. Formålet til de norske reglene ligger så tett opp til de britiske reglenes formål, slik at det må antas at de norske reglene også tar sikte på å ramme rent kunstige arrangementer.

Videre vurderte EF-domstolen om den britiske lovgivningen gikk utover det som var nødvendig for å nå målet med å forhindre misbruk av skattereglene.

EF-domstolen avsa en prejudisiell avgjørelse, og oppstilte noen vilkår som måtte være oppfylt for at tynn kapitaliseringsreglene skulle kunne aksepteres. De tok ikke selv stilling til om de britiske reglene oppfylte vilkårene, det ble overlatt til avgjørelse ved den britiske domstolen.

EF-domstolen la vekt på at vurderingen måtte bygge på en undersøkelse av objektive omstendigheter hvorvidt det forelå et kunstig arrangement som bare har et skattemessig formål. Denne vurderingen måtte kunne etterprøves av tredjemann, og skattyter måtte ha mulighet til å fremlegge bevis uten å bli pålagt unødige administrative byrder.

De norske reglene legger opp til en lånekapasitetsvurdering som vektlegger objektive omstendigheter. I motsetning til den tyske regelen, stiller ikke den norske regelen opp et forholdstall mellom egenkapital og gjeld. De norske reglene kan derfor ikke kritiseres for ikke å fange opp tilfeller hvor debitor faktisk har lånekapasitet. En endring av ligningen

---

<sup>215</sup> Sag C-524/04 Thin Cap premiss 74.

<sup>216</sup> Ot.prp.nr.26 (1980-1981) avsnitt 9.1.

skjer i vedtak som lett kan etterprøves av tredjemann for å sjekke om vilkårene er oppfylt. Videre vil skattyter i prosessen ha rett til å fremlegge beviser, og prosessen tilsvarende vanlig norsk ligningspraksis. Dette tyder på at Norge oppfyller kravet vedrørende skattyters rett til å legge frem bevis uten unødige administrative byrder. Vurderingen som foretas av norske ligningsmyndighetene antas å tilfredsstille kravene fra EF-domstolen.

#### 7.4 Sammenfatning

Mønsteravtalens ikke-diskrimineringsregel hindrer neppe anvendelsen av den norske regelen i sktl § 13-1. Det at § 13-1 hovedsakelig kommer til anvendelse ved grenseoverskridende transaksjoner og at det i enkelte tilfeller er en omvendt bevisbyrde utgjør ikke diskriminering etter denne bestemmelsen.

Det er knyttet større usikkerhet ved forholdet til EØS-retten. Det kan se ut som om den norske regelen utgjør en hindring av etableringsfriheten. Det synes klart at hensynet til sammenhengen i rettssystemet ikke kan begrunne en hindring, men det er uklart om hensynet til å forhindre misbruk av skattereglene kan utgjøre et tvingende allment hensyn.

## 8 Avsluttende refleksjoner

Når det gjelder tynn kapitalisering er det hovedsakelig to former for regler som er aktuelle. En vurderingsregel slik Norge har i dag, eller sjablonregler, eventuelt med en etterfølgende vurdering, slik for eksempel Danmark har.

I Norge har vi regler som forutsetter at det skal foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Forutberegneligheten blir mindre fordi vurderingen som skal gjøres er omfattende, og målestokken for kapitalstrukturen er usikker. For ligningsmyndighetene er vurderingen arbeidskrevende. Derfor taler også administrative hensyn mot den reguleringen vi har i dag.

Andre land som for eksempel Danmark, har valgt sjablonregel med en etterfølgende vurdering. Fordelen er at en sjablonregel gjør det mer forutberegnelig for skattyter, samt at det forenkler ligningsmyndighetenes arbeid. Klare regler gjør det enklere å se hvilke selskapers kapitalstruktur som skal granskes nærmere. Ved å ha en etterfølgende vurdering i tillegg til sjablonregelen, er det grunn til å anta at den vil være i overensstemmelse med Mønsteravtalens art 9 og EØS-avtalen, fordi det legges opp til en individuell vurdering. Ulempen er at skattyter kan tilpasse seg sjablonregelen, og regelen virker som en ”safe harbour”.

OECD synes å stille seg mer positiv til muligheten for å anvende sjablonregler enn tidligere,<sup>217</sup> selv om de ikke går så langt som å anbefale det.<sup>218</sup> OECD ser at det kan være fordeler knyttet til slike regler som administrativ forenkling og forutberegnelighet for skattyter. De påpeker også at det kan åpne for skatteplanlegging og at det kan være vanskeligheter knyttet til å oppstille et forholdstall. Drøftelsen er ikke knyttet direkte opp

---

<sup>217</sup> OECD (1979) s 88 avsnitt 191, fulgt opp i OECD (1986) s 37 avsnitt 82.

<sup>218</sup> OECD Guidelines avsnitt E5.

mot tynn kapitalisering, men til prisfastsettelsen for varer og tjenester. I rapporten står det at det arbeides med en ny utgave av rapporten hvor anvendelsen av armlengdeprinsippet ved tynn kapitalisering står sentralt.<sup>219</sup> Det kan derfor være interessant å følge prosessen videre for å se om OECD åpner opp for sjablonregler ved tynn kapitalisering i større grad.

Retter vi blikket utover ser vi at EU har påbegynt et arbeid med å fremme god politikk og styring på skatteområdet.<sup>220</sup> I forbindelse med arbeidet er det observert at mange multinasjonale konsern struktureres for å utnytte de mulighetene som finnes for å minimalisere skatten i de landene hvor konsernselskapene er etablert.<sup>221</sup> Thin Cap<sup>222</sup> er brukt i arbeidet for å vise at det går an å ha lovgivning som tar sikte på å forhindre slike strukturer.<sup>223</sup> EU ønsker med sitt arbeid hovedsakelig å sette fokus på skatteunndragelse og skatteparadis, men arbeider samtidig målrettet med skattemotivert tilpasning.

Tynn kapitalisering er et problemområde hvor det er en utvikling internasjonalt. Tynn kapitaliseringsregler er viktige, både for skattyter og ligningsmyndighetene. Derfor er det interessant å se om norsk lovgiver påvirkes av den internasjonale debatten og endrer den norske regelen.

---

<sup>219</sup> OECD Guidelines s 22, avsnitt 19.

<sup>220</sup> Report on tax matters.

<sup>221</sup> Report on tax matters s 5, avsnitt E.

<sup>222</sup> Sag C-524/04 Thin Cap.

<sup>223</sup> Report on tax matters s 3.

## 9 Litteraturliste

### 9.1 Register

#### 9.1.1 Lover

##### *Norske*

Lov av 18. august 1911 nr 08.	Lov om skatt av formue og inntekt. (landskatteloven). (Opphevet).
Lov av 18. august 1911 nr 09.	Lov om skatt av formue og inntekt (byskatteloven) (sktl 1911). (Opphevet).
Lov av 14. mars 1975 nr 5.	Lov om endringer i lov av 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).
Lov av 13. juni 1975 nr 35.	Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v. (petroleumsskatteloven) (ptsktl).
Lov av 27. november 1992 nr 109	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv (EØS-loven).
Lov av 23. desember 1994 nr 74.	Lov om endring i lov av 13. juni 1975 nr 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v.
Lov av 13. juni 1997 nr 44	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) (asl).

Lov av 13. juni 1997      Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) (asal).  
nr 45

Lov av 26. mars 1999      Lov om skatt av formue og inntekt av (skatteloven) (sktl).  
nr 14

Lov av 15. desember      Lov om endring i lov av 13. juni 1975 nr 35 om skattlegging av  
2006 nr 35                      undersjøiske petroleumsforekomster m.v.

#### *Utenlandske*

Einkommensteuergesetz      Einkommensteuergesetz 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366,  
3862) [Tyskland]

Inkomstskattelagen      Inkomstskattelagen (1999:1229). [Sverige]

Kommunalskattelagen      Kommunalskattelagen (1928:370). [Sverige]

Selskabsskatteloven      Selskabsskatteloven. Herved bekendtgøres lov om  
indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.  
(Selskabsskatteloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 272 af 3. april  
2009, med de ændringer, der følger af § 9 i lov nr. 460 af 12.  
juni 2009, § 16 i lov nr. 462 af 12. juni 2009, § 5 i lov nr. 490 af  
12. juni 2009 og § 14 i lov nr. 525 af 12. juni 2009. [Danmark]

#### 9.1.2 Forarbeider

Ot.prp.nr. 26                      Ot.prp.nr. 26 (1980-1981). Lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt  
(1980-1981).                      av formue og inntekt (skatteloven) mv. (endringslov).



Ot.prp.nr. 12 (1994-1995)	Ot.prp.nr. 12 (1994-1995). Endringer i lov av 13. juni 1975 nr. 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster m.v.
Ot.prp.nr. 86 (1997-1998)	Ot.prp.nr. 86 (1997-1998). Ny skattelov.
Ot.prp.nr. 62 (2006-2007)	Ot.prp.nr. 62 (2006-2007). Skattelovgivningen (internprising) (endringslov).

### 9.1.3 Avgjørelser

Rt 1936/833, Allers.  
Rt 1939/699, Bækken.  
Rt 1940/598, Fornebo.  
Rt 1994/1064, Bye.  
Rt 1999/1087, Baker Hughes.  
Rt 2002/1247, Amoco II.  
Rt 2007/1025, Statoil Angola.  
Rt 2010/790, Telecomputing.

Utv 1989/304, Amoco.  
Utv 1989/341, BP.  
Utv 1997/816, Freia.  
Utv 1999/540, Nycomed.  
Utv 1999/849, Dyno.  
Utv 1999/1291, Elkem.  
Utv 2002/1537, Scribona, tingrettens avgjørelse.  
Utv 2004/685, Scribona.  
Utv 2009/210, Lyse Energi.

*Upubliserte underrettsdommer*

Eidsivating lagmannsretts dom av 28. mars 1989, Amerada.

Eidsivating lagmannsretts dom av 28. september 1992, Conoco.

*Avgjørelser fra klagenemnda for petroleumsskattesaker*

19861110-A.

*Dommer fra EU-domstolen*

Sag C-204/90                      Bachmann mod Belgia. Saml. 1992 I-249.

Sag C-324/00                      Lankhorst-Hohorst GmbH mod Finanzamt Steinfurt (Lankhorst-Hohorst-Hohorst). Saml. 2002 I-11779.

Sag C-524/04 Thin              Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mod Commissioners of Inland Revenue (Thin Cap). Saml. 2007 I 02107

*Utenlandske avgjørelser*

RÅ 1990 ref 34, Mobil Oil. [Sverige]

9.1.4 Internasjonale kilder

*EU/EØS*

EF                                      Traktat om Den Europeiske Union.

Forslag til avgjørelse i      Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jean Mischo i sak C-sak C-324/00                      324/00 Lankhorst-Hohorst GmbH mot Finanzamt Steinfurt.

ODA                                      Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol.

TEF 2010	Konsolideret udgave af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde. Inntatt i Den Europæiske Unions Tidende, 53. årgang, 2010. 2010/C 83/01.
Report on tax matters	Report on promoting good governance in tax matters (2009/2174(INI)). Report for the European Parliament. Committee on Economic and Monetary Affairs, Rapporetur Leonardo Domenici. Dok.nr. A7-0007/2010. Publisert 02.02.2010.
<i>OECD</i>	
OECD (1979)	OECD. <i>Transfer Pricing and Multinational Enterprises</i> . Paris 1979.
OECD (1986)	OECD. <i>Thin Capitalisation</i> . 1986.
Mønsteravtalen	OECDs Mønsteravtale (Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital) oppdatert juli 2010.
OECD komm.	OECD Committee of Fiscal Affairs. <i>Model Tax Convention on Income and Capital</i> . Paris, oppdatert juli 2010.
OECD Guidelines	OECD. <i>OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations</i> . 2010.

## 9.2 Litteratur

### 9.2.1 Bøker

- Bjerke (1997) Joachim M. Bjerke. *Internprissetting*. Oslo, 1997.
- Bullen (2005) Andreas Bullen. *EU, EØS OG SKATT. De fire friheter og direkte beskatning*. 1. utg. Oslo, 2005.
- Bullen (2010) Andreas Bullen. *Arm's length transaction structures: Recognising and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Oslo, 2010. Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo. No. 33.
- Eckhoff (2000) Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo 2000.
- Gisle (2002) Jon Gisle ... [et al.]. *Jusleksikon*. 2. utg. Drammen 2002.
- Hilling (2005) Maria Hilling. *Free Movement and Tax Treaties in the Internal Market*. Uppsala, 2005.
- Hoff (2007) Kjell Gunnar Hoff... [et al.]. *Analyse av finansregnskapet*. Oslo, 2007
- Kinserdal (2010) Arne Kinserdal. *Grunnleggende regnskapsforståelse*. 5. utg. Oslo. 2008.
- Nørgaard (2003) Per Nørgaard ... [et al.]. *Økonomi leksikon*. Oslo/Sandefjord, 2003.

- Rabe (2010) Gunnar Rabe og Richard Hellenius. *Det svenska skattesystemet*. 23. utg. Stockholm, 2010.
- Ruud (2006) Morten Ruud og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 3. utg. Oslo, 2006.
- Sejersted (2005) Fredrik Sejersted ... [et al.]. *EØS-rett*. 2. utg. Oslo, 2005.
- Stone (2009) Garry Stone ... [et al.]. *International transfer pricing 2009*. USA, 2009.
- Skaar (2006) Arvid Aage Skaar ... [et al.]. *Norsk skatteavtalerett*. 1. utg. Oslo 2006.
- Skatteetaten (2009) Skatteetaten. *Lignings-ABC 2009/10*. 31. utg. Oslo, 2009.
- von Beseler (1991) von Beseler og Barbara Jacobs-Wüstfeld. *Law dictionary. German-English*. 4. utg. Berlin, 1991.
- Zimmer (2008) Frederik Zimmer *Internasjonal inntektsskatterett*. 4. utg. Oslo, 2008.

### 9.2.2 Artikler

- Andresen (2010) Svein G. Andresen og Per Daniel Nyberg. *Tynn kapitalisering – skattejakt uten kart*. Revisjon og Regnskap. 2010, nr 6, s 56-63.
- Bullen (2008) Andreas Bullen. *Et skråblikk på Høyesteretts dom i Statoil Angola (Rt 2007 s 1025)*. Skatterett. 2008, nr 2, s 111-143.

- Fløystad (1990) del 1     Torstein Fløystad. *Tynn kapitalisering (del 1) – spørsmålet om skattemessig krav til egenkapitalfinansiering av utvinningsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel*. Revisjon og Regnskap. 1990, nr 2, s 52-59.
- Fløystad (1990) del 2     Torstein Fløystad. *Tynn kapitalisering (del 2) – spørsmålet om skattemessig krav til egenkapitalfinansiering av utvinningsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel*. Revisjon og Regnskap. 1990, nr 3, s 112-119.
- Hinny (2008)                Pascal Hinny... [et al.]. Den norske rapporten er skrevet av Hugo P. Matre. *New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*. International Fiscal Association. 2008, volume 93 b.
- Lund (2008)                Henrik Lund ... [et al.]. *Financing: A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries*. International Transfer Pricing Journal. 2008, volume 15, nr 6.
- Løchen (1991)             Håkon Løchen. *Tynn kapitalisering – skatteloven § 54 første ledd*. Skatterett. 1991, nr 4, s 444-465.
- von Brocke (2009)        Klaus von Brocke og Eugenio Garcia Perez. *Group Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules*. International Transfer Pricing Journal. 2009, volume 16, nr.1.

Zielke (2010) Rainer Zielke. *Shareholder Debt Financing and Double Taxation in the OECD: An Empirical Survey with Recommendations for the Further Development of the OECD Model and International Tax Planning*. Intertax. Volume 38, issue 2 (2010). S 62-92.

### 9.3 Nettressurser

Skat (2010) Skat. S.I.3. Tynd kapitalisering. 2010. <http://www.skat.dk> [Siteret 6. oktober 2010]